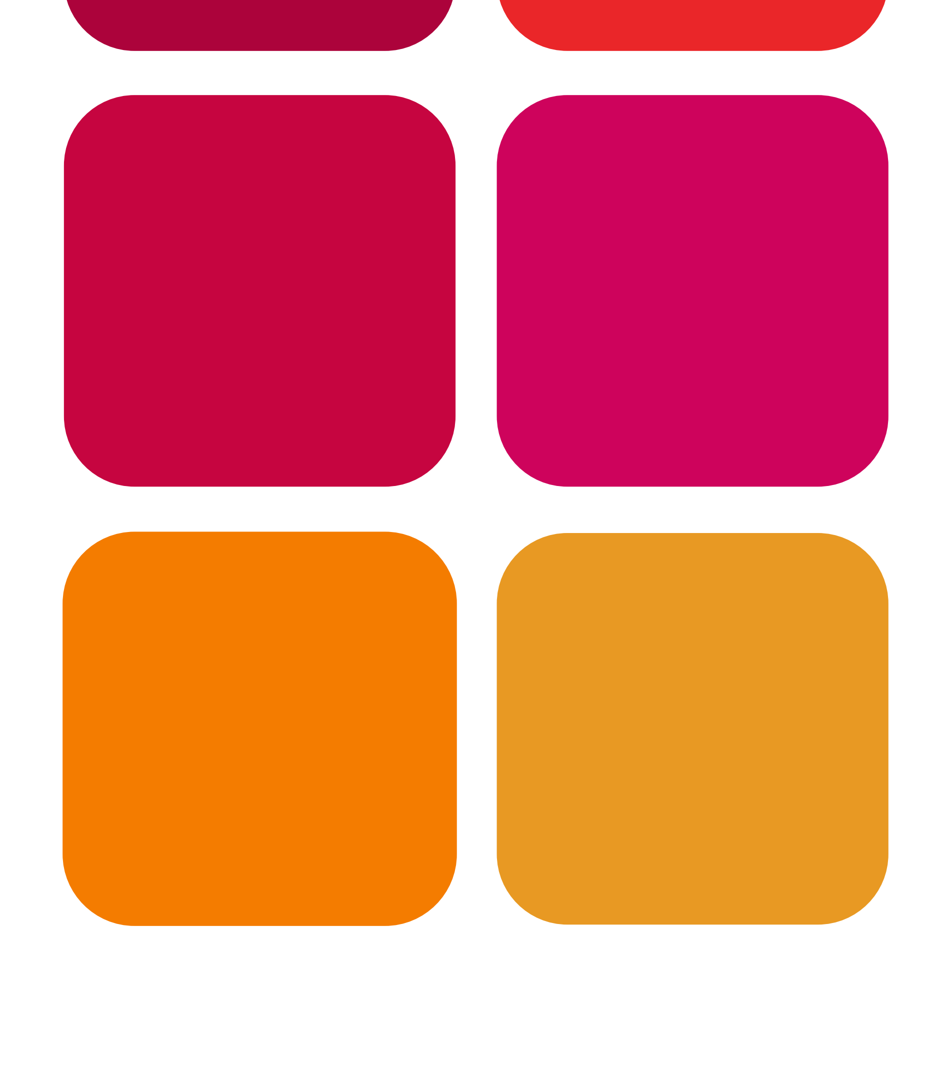






Lecciones de Derecho Civil II

Obligaciones y contratos

Federico Arnau Moya

Lecciones
de Derecho Civil II
Obligaciones y contratos

Federico Arnau Moya



Llicenciatura en Dret

- Codi assignatura RB07
- Curs 2008/2009

Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana
http://www.tenda.uji.es e-mail: publicacions@uji.es

Col·lecció Sapientia
www.sapientia.uji.es

ISBN: 978-84-691-5640-7



CONTENIDO

TEMA 3. LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

Primera parte
TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

Tema 1
Concepto y fuentes de las obligaciones

1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

1.1. El Derecho de obligaciones

El Derecho de obligaciones es él que regula las relaciones jurídico-privadas y su contenido es el siguiente:

La teoría general de las obligaciones. Esta teoría contempla un reducido número de efectos comunes a todas las variedades de obligaciones, tanto si son contractuales como si no lo son (Carbonnier, 2000). El cc dedica los artículos 1.088 a 1.213 al régimen general de las obligaciones, si bien el modelo regulado responde al de una obligación nacida de un contrato (Martínez de Aguirre, 2000).

Las fuentes de las obligaciones. Las fuentes son contempladas desde dos puntos de vista: primero, el estudio de cada una de las fuentes en sí misma y en cuanto a su influencia en el régimen de las obligaciones procedentes de ella.

1.2. Regulación de las obligaciones

El Código Civil dedica el Libro IV a establecer el régimen jurídico de las obligaciones y de los contratos. Las obligaciones aparecen reguladas con carácter general en los arts. 1.088 a 1.253 cc. El art. 1.088 establece que: «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa». Este precepto no suministra un concepto de obligación, sino que lo da por supuesto y se limita a enumerar sus posibles contenidos (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

1.3. El concepto de obligación

Etimológicamente obligación viene de la palabra latina *obligatio*, y esta, de *obligare* (de *ob*, alrededor, y *ligare*, ligar o atar). Significa, pues, ligadura, sujeción física, y por traslación al lenguaje jurídico, sujeción moral (Castán, 1992). En la primera etapa del Derecho romano el deudor comprometía su propio cuerpo y este era el objeto de la obligación, puesto que el acreedor podía apoderarse de él y venderlo como esclavo. Con el tiempo la obligación recaería sobre el patrimonio y no sobre la persona del deudor, de modo que la originaria responsabilidad personal se transformaría en responsabilidad patrimonial (Borda, 1994).

El cc no proporciona un concepto de obligación, sin embargo, esta puede definirse como el «vínculo establecido entre dos personas (o grupo de personas), por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa, o el cumplimiento de un servicio (hacer) o de una abstención (no hacer)» (Borda, 1994). Otros autores (Puig Brutau y Roca Sastre, 1998) estiman que puede llegase a un concepto de obligación combinando los arts. 1.088 y 1.911 cc: «la obligación un derecho del acreedor dirigido a conseguir del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa garantizado con el activo patrimonial del obligado» (La Cruz, 1999):

> El término obligación es polivalente y puede dar lugar a equívocos. En un sentido amplio se usa para nombrar la total relación jurídica, como equivalente a relación jurídica, sin embargo lo incluye. En un sentido restringido designa el deber (la deuda) del sujeto pasivo, desde este punto de vista la obligación del deudor se contrapone al crédito del acreedor. Esta ambivalencia explica que una expresión tan usual al mismo tiempo pueda ser tan contradictoria.

Finalmente, el Derecho mercantil nos proporciona otro significado de la expresión, puesto que denominan obligaciones a los títulos emitidos por las sociedades anónimas para documentar deudas contraídas a fin de aportar capitales a la entidad (art. 282 LSA): «1. La sociedad podrá emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda, siempre que el importe total de las emisiones no sea superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda».

1.4. Caracteres de la obligación: deuda y responsabilidad

Toda obligación presenta un aspecto activo: un poder o facultad de exigir algo; y uno pasivo: un deber de *dar, hacer o no hacer* (art. 1.088 CC). No se trata de conceptos distintos sino de aspectos diferentes de un concepto unitario, que es la obligación. Son el anverso y reverso de una misma moneda, puesto que no se puede concebir un crédito sin deuda y una deuda sin crédito (BORDA, 1994). En consecuencia, cabe afirmar que la obligación es una situación bipolar, que se encuentra integrada por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor.

El acreedor es titular de un derecho subjetivo (derecho de crédito), que le faculta para exigir al deudor el cumplimiento de la prestación debida. Al mismo tiempo, como medida complementaria, el acreedor se ve investido de la posibilidad, en caso de incumplimiento, de proceder contra los bienes del deudor (responsabilidad-garantía), asimismo está investido de una serie de facultades para la defensa de sus intereses (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001).

El deudor está sujeto al cumplimiento de un deber jurídico (deuda), que le impone la observancia del comportamiento debido –la prestación– y le sitúa en el trance de soportar, en otro caso, las consecuencias de su falta (la responsabilidad) (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001).

Toda obligación comprende, como fenómenos separados, la *deuda* y la *responsabilidad*. La deuda indica el deber de realizar una prestación, el deber de cumplimiento que nace junto con la obligación. La responsabilidad es la sumisión o sujeción del patrimonio del deudor al poder coactivo del acreedor ante el incumplimiento de aquel.

El acreedor ante el incumplimiento del deudor puede hacer efectiva esa responsabilidad del deudor y para ello goza de un poder de agresión sobre el patrimonio del aquel, lo que permite la satisfacción forzosa de su interés. Así se desprende, del principio de responsabilidad universal contenido en el art. 1.911 CC: «Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

La doctrina es mayoritaria al admitir que la deuda o débito y la responsabilidad son elementos integrantes de un concepto unitario que es la obligación. La responsabilidad solo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quiera ser calificado como jurídico constituye bajo una y otra forma un caso de responsabilidad (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001).

1.5. Elementos de la relación obligacional

La estructura de la relación obligacional, de crédito u obligatoria, se compone de los siguientes elementos: *sujetos, objeto, vínculo y causa.*

1.5.1. Sujetos de la obligación

La relación obligatoria se compone de dos partes (activa y pasiva) integradas por dos sujetos. En la parte activa está el acreedor, el titular del crédito que tiene poder jurídico de exigir el cumplimiento de la prestación. En la parte pasiva se encuentra el sujeto pasivo, obligado o deudor; es aquel sobre quien recae el deber de prestación y la responsabilidad en caso de incumplimiento. En toda obligación ha de haber como mínimo dos partes, activa y pasiva pero cada una de ella puede estar integrada por una pluralidad de personas lo que da lugar a los fenómenos de la *solidaridad* o de la *mancomunidad* (Castán, 1992).

En principio pueden ser sujetos de la obligación todos sujeto de derecho está en condiciones de ser titular de un crédito, si bien los incapacitados no pueden ejercitarlo. También puede cualquier persona ser sujeto pasivo de la obligación, incluso cuando le afecte alguna incapacidad (en el supuesto contemplado por el artículo 200 cc). Las personas jurídicas, al igual que las físicas, pueden ser titulares -activos y pasivos– de las obligaciones (art. 38 cc). Los sujetos de la obligación deben ser determinados, se permite que la determinación se haga, no al tiempo del nacimiento de la obligación, sino en un momento posterior, siempre que estén previstas las circunstancias que hayan de servir para que aquella determinación se realice (Castán, 1992).

1.5.2. Objeto de la obligación

a) *Concepto de objeto de la obligación.* En opinión de Castán (1992), la doctrina discrepa respecto a cuál sea ese objeto: para algunos autores objeto de la obligación son las cosas o los servicios sobre que recae el deber del deudor; si bien la opinión que hoy tiende a imperar, es la que considera como objeto de la obligación la prestación, o sea, el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor, y que tiene derecho a exigirle el acreedor. Y como este comportamiento, a su vez, se refiere a cosas, servicios o abstenciones que vienen a ser el objeto de la prestación, no parece incorrecto el distinguir un objeto inmediato de la obligación, constituido por la prestación, y un objeto mediato, constituido por la cosa, el hecho del deudor o su abstención (en otros términos, un dar, un hacer o un no hacer).

El objeto de la obligación aparece regulado por el Código de forma dispersa en los artículos 1.132-2º; 1.135-1º; 1.137, 1.150, 1.157; el legislador no utiliza en este aspecto una terminología precisa, unas veces señala las cosas o servicios como objeto de la obligación (arts. 1.135-1º, 1.137, 1.150, 1.157, etc.); otras veces designa la prestación como objeto de la obligación (art. 1.132-2º), y en ocasiones reserva el término de prestación para designar las obligaciones de hacer o no hacer, en contraposición a las de dar cosas (artículos 1.147, 1.151) (Castán, 1992).

b) *Condiciones que ha de reunir la prestación.* No regula nuestro Código expresamente y de un modo general los requisitos que ha de reunir el objeto de la obligación, pero si establece los que ha de llenar el objeto del contrato en los artículos 1.271 y siguientes. La doctrina científica, unánime en este punto, exige como requisitos de la prestación que esta sea posible, lícita y determinada o determinable.

1) Posibilidad. Es doctrina clásica que nadie puede obligarse a una prestación imposible. Obligarse a lo imposible equivale a obligarse a nada (Albaladejo, 1992). El Código Civil sanciona con la nulidad las obligaciones referentes a prestaciones imposibles (art. 1.271, en relación con el 1.261 y el 1.460-1º).

La imposibilidad puede ser de hecho o de Derecho (Albaladejo, 2002). Ej. Imposibilidad de hecho es la del que se obliga a proporcionar a otro la Luna: imposibilidad de Derecho es la de quien quiera vender la Alambra de Granada por ser un bien público que esta fuera del comercio.

2) Licitud. Se exige este requisito de la prestación por el artículo 1.271, si bien referido a los contratos. La prestación se reputa ilícita cuando viola un precepto legal o está en oposición con la moral o las buenas costumbres (arts. 1.255, 1.271-3º, 1.275 cc).

3) Determinación. La prestación ha de ser determinada, en caso contrario se determinará la nulidad de la obligación (art. 1.273). El Código no exige que la determinación sea inicial, puesto que admite la determinabilidad, es decir que pueda ser hecha *a posteriori*, siempre que en el momento del nacimiento de la obligación queden establecidos los elementos o bases que permitan llevar a cabo esa determinación sin necesidad de un nuevo convenio entre los interesados (arts. 1.273, 1.447 y siguientes, 1.690).

Ej. No cabe un contrato de compraventa en el que por 13 se venda lo que el vendedor crea conveniente el día fijado para el pago.

Esta determinación *a posteriori* puede ser hecha por diversos modos, tales como la referencia a una cosa o circunstancia cierta (véanse arts. 1.447 y 1.448, a propósito del contrato de compraventa) o la decisión que haga una persona distinta de los contratantes (vid. art. 1.447, con relación a la compraventa, y 1.690, para la sociedad). El Código no permite que la determinación de la prestación se deje al arbitrio de una de las partes (arts. 1.449 y 1.690-2º).

4) La patrimonialidad de la prestación. No todo deber de hacer u omitir es una obligación en sentido técnico, puesto que hay deberes, que no son jurídicos (Lacruz, 1999).

Ej. El deber social de hacer un regalo de boda a un amigo, el deber moral de dar limosna a un pobre, etc.

Incluso dentro de aquellas conductas exigibles por el ordenamiento jurídico las hay que no son obligaciones en un sentido técnico, aún a pesar de recibir esa denominación por la propia Ley, sino deberes jurídicos (Lasarte, 2007). Ej. La obligación que tienen los padres de velar por los hijos y prestarles alimentos (art. 110 cc).

La presencia o ausencia de patrimonialidad en una relación entre personas será el dato que diferenciará a la obligación de los otros deberes jurídicos: el deber jurídico será una conducta no patrimonial, exigible por el ordenamiento a quienes se encuentre en una determinada situación. La obligación, que constituirá una subespecie de la noción de deber jurídico, estará caracteriza por la patrimonialidad de la prestación o conducta exigible al deudor (Lasarte, 2007), de modo que la obligación posee siempre un carácter objetivamente patrimonial (Díez-Picazo, 2008).

Para Castán (1992) el contenido económico de la obligación, si bien en sentido indirecto, puede inferirse del artículo 1.101 del Código: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas»; Díez-Picazo y Gullón (2001) señalan que si bien la prestación en siímisma puede no tener valor patrimonial, se requiere al menos vaya acompañada de medios o instrumentos a través de los cuales se logre una satisfacción económica por su incumplimiento.

Concluye Castán (1992) que si bien el interés del acreedor a la prestación puede tener carácter no económico (moral o religioso, humanitario o científico, etc.), la prestación en si misma debe ser susceptible –por vía directa o indirecta– de valoración económica.

1.5.3. El vínculo de la obligación

El vínculo, según Albaladejo (2002), es el nexo que liga a una persona con otra y que engloba el débito (deuda o deber de prestación) y el crédito o derecho del acreedor a exigir el cumplimiento. Asimismo incluye la responsabilidad del deudor, frente a la que existe el poder del acreedor de dirigirse contra el patrimonio de aquel.

1.5.4. La causa de la obligación

Es la razón de la obligación, del poder exigir y del deber realizar la prestación ponderada por el ordenamiento.

2. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Las fuentes de las obligaciones son aquellos hechos jurídicos que tienen como efecto el nacimiento de estas (Albaladejo, 2002). El cc contempla las fuentes de las obligaciones en el art. 1.089: «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». Son complemento de esta disposición las reglas, contenidas en los artículos 1.090 y 1.093, que ofrecen, en opinión de Castán (1992), escaso interés, ni son congruentes entre si (el primero de ellos se dedica principalmente a precisar el concepto de las obligaciones ex lege; el segundo, a indicar algunos de los efectos que producen los contratos, y el tercero y cuarto, sin definir ni marcar consecuencias, a señalar el lugar en que se encuentran en el cc las obligaciones procedentes de los delitos y cuasidelitos; quedando en el olvido los cuasicontratos ya que ninguno de estos artículos menciona ni sus efectos ni su ubicación sistemática en el cc.

a) Obligaciones procedentes de la Ley. Estas obligaciones no se presumen, solo son exigibles las expresamente determinadas en el Código o en leyes especiales, y han de regirse por los preceptos de la ley que las hubiere establecido, y en lo que esta no hubiere previsto, por las disposiciones del Libro IV del Código (art. 1.090).

b) Obligaciones procedentes de los contratos. La principal fuente de relaciones obligatorias está constituida por el negocio jurídico, como cauce de expresión de la autonomía privada. El contrato es el más típico de los negocios jurídicos. Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor del contrato (art. 1.091). A falta de pacto expreso de las partes los contratos se rigen por las disposiciones del Código (art. 1.258 cc).

c) Los cuasicontratos. El Código los define, en el artículo 1.887 como los «hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces, una obligación recíproca entre los interesados». Sitúa el Código bajo esta rúbrica la llamada gestión de negocios ajenos, cuando alguien se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin mandato de este (arts. 1.888 y ss.) y el cobro de

lo indebido, que no es sino la obligación de restituir que tiene quien ha cobrado algo que no se le debía (arts. 1.895 y ss.).

Ej. Es el supuesto de aquella persona a la que por error se le ha ingresado una determinada cantidad de dinero en su cuenta corriente bancaria. Un caso de la gestión de negocios ajenos, es cuando un vecino por decisión propia y para evitar males mayores, encarga la reparación de la puerta de un chalet de su vecino (al que no tiene localizado por vivir en otra ciudad) que ha sido destruida por un rayo.

d) Obligaciones procedentes de hechos ilícitos de carácter penal. Las obligaciones que nacen de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones del Código Penal (art. 1.092 cc).

e) Las obligaciones derivadas de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, según el art. 1.093, quedan sometidas a las disposiciones del Capítulo II, Título XVI, Libro IV cc. El Código los regula en los arts. 1.902 y siguientes, donde se establece la obligación de indemnizar que se impone al que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia. Estos han sido llamados, si bien con escaso éxito hoy en día, delitos o cuasidelitos civiles, en los que falta la tipicidad del delito o falta penal y que integran la denominada responsabilidad civil extracontractual. No se enuncian por ello taxativamente en el Código Civil.

Las cinco fuentes que menciona el artículo 1.089 en realidad se podrían reducir a dos grandes fuentes o grupos de fuentes: el primero es el de la autonomía privada entendida como poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas; el segundo, inversamente, está constituido por la soberanía del Estado, creando entre los particulares relaciones obligatorias, sin contar para ello con la voluntad de estos (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

3. LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

Es cuestión debatida en la doctrina si una persona puede quedar obligada a realizar una prestación que prometa por su sola declaración de voluntad. O si por el contrario es necesaria la previa aceptación del favorecido, para adquirir lo que se le ha prometido (por eso se llama también a la figura en examen «promesa unilateral»).

La doctrina, ante el silencio que el art. 1.089 guarda sobre ella, no es partidaria de reconocer, en principio, fuerza obligatoria a la voluntad unilateral, admitiéndola en supuestos muy excepcionales (Albaladejo, 2002). Los Códigos modernos se han mostrado reacios a la admisión incondicionada, solo la consideran productora de efectos en los casos regulados por la ley (art. 1.987 del Código italiano de 1942; art. 457 del portugués de 1966).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina siempre por la necesidad de la aceptación, incluso tácita (p. ej., el hecho de exigir el cumplimiento), resaltando que la promesa tiene que tener una causa lícita con arreglo al artículo 1.274, que puede ser incluso la previa existencia de una obligación moral. En estas condiciones el promitente queda obligado.

En realidad, el único supuesto claro de declaración de voluntad creadora de obligaciones es el de la denominada «pública promesa de recompensa».

Ej. El Sr. X promete una recompensa de 500 € a quien encuentre a su perrito extraviado, o a quien proporcione pistas para encontrar el paradero de una persona.

Algunos Códigos como el alemán, el italiano y el portugués la recogen y regulan como uno de los casos taxativos en que la voluntad unilateral tiene efectos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la promesa pública de recompensa es uno de los supuestos excepcionales en que cabe admitir la eficacia de la declaración unilateral de voluntad. Es requisito esencial de la promesa su carácter público o la divulgación que se le haya dado, si bien es indiferente que se dirija a la generalidad o solo a una categoría determinada de personas.

Por lo que se refiere a su revocabilidad, en términos generales cabe sostenerla siempre que se dé a la revocación la misma publicidad que se dio a la promesa. Pero no será eficaz si con anterioridad alguna persona hubiere realizado los actos u obtenido los resultados exigidos.

Una modalidad de la pública promesa es el concurso con premios (así, el art. 463 del Código Civil de Portugal de 1966), que presenta como característica el que el derecho no es adquirido por la mera realización de la actividad u obtención del resultado, sino que exige una decisión entre los diferentes concursantes. Las bases del concurso o premio constituyen la regla a la que los interesados –promitente y destinatarios de la promesa– deberán atenerse.

Tema 2
Clases de obligaciones

1. UNILATERALES Y BILATERALES

1.1. Concepto

Por razón de la unidad o pluralidad de vínculos, las obligaciones se dividen en unilaterales y bilaterales. Son unilaterales (o simples) aquellas en las que hay un solo vínculo obligatorio, puesto que una persona se obliga respecto de otra, sin que esta asuma ningún tipo de obligación. Este es el caso de las obligaciones que surgen de los contratos gratuitos (donación, depósito, mandato, comodato, etc.) puesto que no constituyen contrapartida del derecho de crédito que nace de una convención sino que nacen luego, como es en el caso de del depósito la obligación de abonar los gastos que ha originado la conservación de la cosa.

Son bilaterales o recíprocas, aquellas en las que existe una pluralidad de vínculos, puesto que las partes se obligan recíprocamente una respecto de otra (Castán, 1992). En este tipo de obligaciones ambas partes son a la vez deudoras y acreedoras la una de la otra (Bercovitz, 2004). En la obligación recíproca cada una de las partes tiene frente a la otra un *derecho de crédito* y un *deber de prestación* de carácter correlativo. Son sinalagmáticas las obligaciones que nacen de los contratos onerosos (compraventa, arrendamiento, etc.).

En ellas, cada una de las partes, ha querido la prestación a cargo de la otra como equivalente de la suya, por lo que las prestaciones de ambas partes se presentan, tanto por su intención como por la estructura propia de la relación jurídica, como recíprocamente condicionales (Pérez Álvarez, 2000).

En el caso de las recíprocas los deberes de prestación se encuentran ligados entre sí por un nexo de interdependencia puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone la prestación que le incumbe, puesto que su finalidad es lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar. Este nexo que existe entre la obligación recíproca se denomina *sinalagma*, de aquí que a esta obligación también se le conozca con el nombre de sinalagmática.

Esta terminología es utilizada por el cc en diversas ocasiones, la expresión «recíprocas» se utiliza en los arts.1.100 (obligaciones recíprocas), 1.120 y 1.124.

1.2. Efectos

Las obligaciones bilaterales se caracterizan por producir una serie de efectos que les son propios (Castán, 1992):

a) Cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas. Excepción *non adimpleti contractus*. Ninguna de las partes está obligada a cumplir, si la otra no cumple simultáneamente, salvo que otra cosa se haya establecido en el contrato –por haberse pactado el pago o cumplimiento aplazado– o así se deduzca de la ley. En este caso las obligaciones serían sucesivas pero no simultáneas (sts 21 noviembre 1988).

   Si alguna de las partes pretende exigir (judicialmente o extrajudicialmente) de la otra el cumplimiento de su prestación, sin ofrecer el cumplimiento de la suya, el demandado podrá oponer a su pretensión la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*). Este principio no aparece expresamente recogido en el Código pero se desprende de los arts. 1.124 y 1.100 según ha reconocido el ts en numerosas sentencias (Castán, 1992).

b) *Compensatio morae*. El retraso en el cumplimiento de una de las partes no es jurídicamente relevante mientras la otra no ha cumplido; la doctrina se refiere a este fenómeno como el «principio de compensación de la mora» que se deriva de la regla de simultaneidad en este tipo de obligaciones; este principio aparece recogido en el Código en el art. 1.100: «[…] en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe»; pero «desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

c) Resolución del contrato en caso de incumplimiento de una de las partes. El art. 1.124 establece:

> La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.
> El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible [...].

La doctrina entiende que en este precepto se conceden dos acciones a la parte que ha cumplido sus obligaciones contractuales. A su libre elección podrá optar entre el ejercicio (ante el Juzgado) de la acción de cumplimiento de la obligación incumplida por la contrapartes o la acción resolutoria en cuya virtud podrá solicitar la resolución del contrato del que deriva la obligación incumplida. Además, independientemente de la opción efectuada, podrá ejercitar de modo acumulado una acción de indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El art. 1.124 aparece ubicado en el Código dentro el epígrafe «De las obligaciones puras y de las condicionales» (Libro IV, Título I, Cap. III, Sección primera), de ahí que se haya dicho que su formulación responde a la idea de que el incumplimiento funciona, en las obligaciones sinalagmáticas, como una condición resolutoria implícita (Pérez Álvarez, 2000). No obstante, en los contratos literales las partes pueden insertar condiciones resolutorias expresas.

2. PARCIARIAS, MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

2.1. La pluralidad de sujetos en las obligaciones

En atención a la forma de organizarse los sujetos en las obligaciones, estas pueden ser de la obligación estás pueden ser parciarias, mancomunadas y solidarias.

La relación obligatoria requiere la existencia de dos sujetos, dos posiciones subjetivas; si bien cada una de ellas puede estar integrada por una pluralidad de personas. En la obligación los sujetos pueden concurrir de acuerdo con las siguientes combinaciones: un acreedor y un solo deudor, varios deudores y varios acreedores, un acreedor y varios deudores (pluralidad pasiva) y un deudor y varios acreedores (pluralidad pasiva).

El fenómeno de la concurrencia de varias personas en cualquiera de las posiciones, activa o pasiva, de la obligación y su diferente forma de organizarse permite distinguir entre obligaciones: mancomunadas, parciarias y solidarias. El que una obligación pertenezca a cualquiera de estos supuestos dependerá de varios factores: de la manifestación expresa de la ley, de la voluntad de las partes y de la naturaleza divisible o indivisible de la obligación (Bercovitz, 2004).

2.2. La mancomunidad simple o parciariedad

Las obligaciones parciarias son contempladas en el art. 1.138 CC, según el cual: «Si del texto de las obligaciones... no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros». Cuando la obligación es divisible la mancomunidad se denomina simple o parciaria y en ese caso tendremos tantos créditos o deudas independientes como acreedores o deudores (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La mancomunidad simple puede ser:

a) activa (responde al esquema de varios acreedores y un deudor), en esta caso cada uno de los acreedores solo puede exigir o reclamar del deudor la parte que le corresponde en el crédito. Ej. Si A debe con carácter mancomunado 6.000 € a B, C y D, cada uno de los acreedores solo podrá reclamar a A (deudor) 3.000 €.

b) pasiva (un acreedor y varios deudores), cada uno de los deudores cumple pagando la parte de deuda que le corresponde. Ej. Si B, C y D, deben a A con carácter mancomunado 9.000 €, cada uno de los deudores solo podrá ser obligado a pagar al acreedor 3.000 €.

Los créditos o deudas mancomunados (parciarios) son, a pesar de su origen común, autónomos en cuanto a los avatares de su existencia y a su extinción. Cada acreedor puede reclamar su deuda y cada deudor pagar la suya separadamente. En la obligación parciaria la insolvencia de un codeudor no obliga al resto a suplir su falta (art. 1.139).

El supuesto de la mancomunidad del art. 1.138 constituye una excepción al principio de indivisibilidad de pago del art. 1.169 CC.

2.3. La mancomunidad en sentido estricto o conjunta

Las obligaciones mancomunadas en sentido estricto, también denominadas por la doctrina *conjuntivas, unitarias, indivisible o en mano común*, presentan una integración homogénea de todos los sujetos, de modo que no hay titularidad ni ejercicio de la obligación sin la concurrencia o actuación de todos ellos, jurídicamente es como si se tratase de una sola persona y no aparece la noción de cuota (Lacruz, 1999).

Este caso tiene lugar (vid. art. 1.139 CC) cuando la prestación es indivisible y la misma ha de ser exigida conjuntamente por la pluralidad de acreedores o cumplido por la pluralidad de deudores (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El art. 1.139 dice que: «Si la división fuere imposible, solo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de estos, y solo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de estos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta».

> Ej. Si A vende un caballo a B y C, solo quedará liberado de su obligación si entrega el animal a ambos. A su vez los dos acreedores tendrán que entregar conjuntamente el precio de la compraventa para cumplir con la obligación.

La mancomunidad en mano común no solo tiene lugar con ocasión de las obligaciones indivisibles (art. 1.119), puesto que también puede establecerla la ley, como sucede en la responsabilidad mancomunada de las obligaciones de la herencia mientras subsista la comunidad

hereditaria, o la voluntad de las partes cuando decidan aplicar este régimen a las obligaciones que surjan entre ellos. Ej. El sistema de firmas mancomunadas entre socios de una pequeña empresa, o entre el Presidente y Secretario de una comunidad de vecinos.

2.4. La solidaridad

La expresión solidaridad tiene su origen en la expresión latina *solidum* que expresa idea de totalidad, cosa entera no divisible (Castán, 1992).

La organización solidaria de la obligación también puede darse en la posición de acreedor como de deudor (arts. 1.137, 1.144 y 1.145). En el supuesto de varios acreedores (solidaridad activa) cada uno de ellos puede exigir al deudor o a cualquiera de los deudores (si son varios) el cumplimiento íntegro de la prestación. En el caso de varios deudores, (solidaridad pasiva), cada uno de ellos puede ser compelido por el acreedor al cumplimiento íntegro de la prestación (Lasarte, 2007).

> Ej. Si A, B y C son deudores solidarios de D por un importe de 9.000 €, este podrá exigir a cualquiera de los tres deudores (o a dos de ellos o a todos al mismo tiempo) que le abone el total de la deuda.

El pago realizado por cualquiera de ellos extinguirá la deuda y liberará al resto frente al acreedor. El deudor que haya pagado el total de la deuda tendrá un derecho de repetición o de reembolso contra el resto de deudores por las cantidades por él pagadas. Lo anterior supone que en las obligaciones solidarias, nos encontramos con dos tipos de relaciones, una de carácter externo, entre acreedores y deudores, el pago efectuado a uno de los acreedores extingue la obligación (art. 1.145). Y otra de carácter interno (acción de repetición) entre el conjunto de acreedores o deudores, que variarán según se trate de:

a) solidaridad activa, en cuyo caso el acreedor que cobre la deuda responderá frente a los demás de la parte que les corresponde en la obligación (art. 1.143 cc). Ej. En el caso de dos acreedores solidarios, aquel que haya cobrado la deuda tendrá que repartir su importe con el otro acreedor.

b) solidaridad pasiva, en este supuesto el deudor que ha pagado por los demás la totalidad de la deuda, ve nacer un crédito a su favor, pudiendo reclamar del resto de deudores solidarios la parte que a cada uno les corresponda de la deuda, así como los intereses del anticipo (art. 1.145-1º cc).

El deudor que haya pagado los 9.000 € a D, podrá exigir a los otros deudores que paguen la parte que les corresponda, es decir 3.000 € cada uno de ellos.

La solidaridad pasiva actúa como una garantía o seguridad para el acreedor puesto que ve ampliado el número de sujetos obligados y responsables (Blasco Gascó, 1994).

2.5. Reglas aplicables a las obligaciones con pluralidad de sujetos

El Código Civil, en el supuesto de obligaciones con varios sujetos, establece como regla general la presunción de mancomunidad (presunción de no solidaridad prefieren denominar algunos autores) y la solidaridad como excepción. Así se desprende del art. 1.137 (*in fine*). Entre la parciariedad y la mancomunidad se establece una presunción *iuris tantum* a favor de la primera,

que no tendrá vigencia, según el art. 1.138 CC cuando del texto de la obligación se deduzca lo contrario o cuando la prestación fuese indivisible (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El Código, no obstante, contempla algunos supuestos en los se aplica directamente la regla de la solidaridad (Castán, 1992). Los supuestos de solidaridad legal contemplados en el Código Civil son: el art. 145 (cuando la obligación de alimentos recae sobre varias personas), 1.084 (de los herederos sin beneficio de inventario frente a los acreedores del causante), 1.731 (varios mandantes en relación al mandatario), 1.748 (pluralidad de comodatarios) y 1.890 (varios gestores en la gestión de negocios).

En materia de responsabilidad extracontractual (ex art. 1.902 CC) por daños ocasionados por varias personas, el TS ha establecido la regla de presunción de solidaridad como garantía del resarcimiento (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Las obligaciones también podrán tener carácter solidario cuando las partes así lo pacten en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC).

3. OBLIGACIONES DE DAR, HACER O NO HACER

Por razón del contenido de la prestación podemos hablar de obligaciones de dar, hacer o no hacer. El objeto de la prestación es lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado a reclamar; el contenido de la prestación consiste en un dar, hacer o no hacer alguna cosa, así se desprende del art. 1.088 CC que establece que: «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa».

3.1. Obligaciones de dar

La prestación de dar es el comportamiento dirigido a la entrega de una cosa. La entrega es un traspaso posesorio y consiste en la realización de los actos necesarios para que el acreedor tome posesión de la cosa (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La finalidad de la obligación de dar puede ser la de transmitir la mera posesión o bien puede tener la finalidad de transmitir la propiedad u otro derecho real sobre la cosa (Pérez Álvarez, 2000), siempre que la entrega o «traditio» se complete con «título» hábil (Carbonnier, 2000) según el art. 609 CC. La obligación de dar también puede tener una finalidad restitutoria como sucede en el caso del comodato y del depósito (Blasco Gascó, 1994).

La obligación de dar también comprende, de modo implícito, las siguientes obligaciones (Bercovitz, 2004): La de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (art.1094) y la de entregar todos los accesorios (art. 1.097); además si se trata de la obligación de entregar una cosa concreta, el acreedor tiene derecho a que le sean entregados los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entrega (art.1.095).

Las obligaciones de dar pueden ser genéricas o específicas. El CC se refiere a las obligaciones de dar en los arts. 1.094 a 1.097.

3.2. Obligaciones de hacer y no hacer

a) La prestación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que permite al acreedor la satisfacción de un interés (ejemplo: ejecutar alguna obra o gestionar algún asunto). La doctrina distingue dos tipos diversos de obligaciones de hacer según que lo comprometido por el deudor sea una mera actividad o consista además en la obtención de un determinado resultado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En el primer supuesto hablamos de una obligación de medios y en el segundo, de resultado. En el primero el deudor cumple desplegando diligentemente la actividad, aunque no se consiga el resultado. Ej.: el abogado que se compromete a actuar diligentemente defendiendo a su cliente pero no se obliga a ganar el pleito ni el médico a sanar al enfermo. En ambos casos se entiende que han cumplido si han actuado de acuerdo con la *lex artis* que rige en su profesión.

En las obligaciones de resultado no hay cumplimiento si no se cumple el objetivo. Ej.: El constructor incumple si no construye y termina un edificio de acuerdo a lo pactado.

b) La obligación de no hacer es un comportamiento desempeñado por el deudor consistente en una omisión o una abstención. Es un comportamiento meramente negativo. La omisión, puede tener dos manifestaciones: la simple y mera inactividad (ej. la obligación de no instalar un bar en un local que se ha arrendado). La segunda consiste en que el deudor permita al acreedor realizar una actividad sin poner obstáculos a la misma (ej. permitir que el dueño del solar que hemos arrendado aparque en el mismo).

En caso de incumplimiento de la obligación de no hacer, el acreedor tiene derecho a que se deshaga lo indebidamente realizado (art. 1.099) y si ello no fuera posible a que se le indemnice de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (art. 1.101) (Castán, 1992).

4. OBLIGACIONES INSTANTÁNEAS, DURADERAS Y PERIÓDICAS

La idea del tiempo influye en la configuración de la relación obligatoria, así pues, se distinguen los siguientes supuestos de obligaciones (Lacruz, 1999):

A) Obligaciones instantáneas, transitorias o de tracto único, en ellas la prestación se realiza en un solo acto, lo que supone que su ejecución extingue inmediatamente la obligación. Ej.: este sería el caso de la compraventa manual con pago inmediato y entrega simultánea de la cosa, como sucede en la compraventa de un periódico o del billete de autobús.

B) Obligaciones periódicas, a plazos, o de tracto sucesivo, cuando la prestación que integra el objeto la obligación se fracciona en diversas prestaciones que debe realizarse en varios períodos de tiempo. Ej. El pago de la renta de un arrendamiento que necesariamente se tiene que hacer por mensualidades o los lapsos de tiempos que se pacte.

En ocasiones se trata de obligaciones, que inicialmente eran de tracto único pero que –por acuerdo de las partes– se transforman en periódicas como sucede con la compraventa a plazos.

C) Obligaciones continuas, duraderas o de tracto continuo cuando sin fraccionarse la prestación esta se prolonga, definida o indefinidamente en el tiempo. Este es el caso de las obligaciones negativas. Ej. Obligación de no transferir a un futbolista durante un determinado tiempo.

Todas las obligaciones deben contar siempre con un límite o plazo, ya sea convencional o legal de duración y, en el supuesto de que este no se haya establecido, haciéndose indefinida la obligación, el TS admite la posibilidad de resolución unilateral de la obligación.

5. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Las obligaciones indivisibles son aquellas cuya prestación no puede realizarse de forma parcial sin que su naturaleza se altere o resulte inservible económicamente (Pérez Álvarez, 2000).

Los criterios de divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones aparecen recogidos en el art. 1.151 CC: son indivisibles aquellas obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas de hacer que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

Son divisibles las obligaciones de hacer que tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.

En cuanto a las obligaciones de no hacer, no establece este precepto ningún requisito para conceptuarlas como divisibles o indivisibles, limitándose a manifestar que: se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular.

Según Díez-Picazo y Gullón (2001), la divisibilidad de la obligación de dar y de hacer, depende como norma general de la posibilidad de cumplimiento parcial. Una obligación puede cumplirse parcialmente cuando consienta una fragmentación y las partes que resulten sean de la misma naturaleza, es decir que sean cualitativamente las mismas, puesto que el acreedor puede ver satisfecho su interés total a medida que se cumplan las obligaciones nacidas de la división.

No obstante, las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden pactar la indivisibilidad de la obligación (indivisibilidad convencional). La divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones posee importancia cuando se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos, puesto que el régimen jurídico en el caso de las obligaciones indivisibles será el de la mancomunidad –en mano común– del art. 1.139 CC, mientras que para las divisibles se aplicará el régimen de la mancomunidad simple (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

6. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS Y GENÉRICAS

Las obligaciones de dar, como y hemos adelantado, pueden ser específicas o genéricas. El régimen de la obligación presentará una serie de peculiaridades según se trate de una obligación de entregar o de dar una cosa (Pérez Álvarez, 2000).

Son genéricas aquellas obligaciones de dar en las que la cosa objeto de la prestación se encuentran determinadas únicamente a través o mediante su pertenencia a un género. Por género se entiende un conjunto más o menos amplio de objetos de los que se pueden predicar unas condiciones comunes. Son objeto de las obligaciones genéricas, las denominadas cosas fungibles, que en la vida corriente se determinan por su peso, número o medida (Castán, 1992).

Ej. Entrega de una tm de trigo, cien ovejas, un hl de vino, etc.

Son específicas aquellas obligaciones de dar que recaen sobre cosas concretas y determinadas que suelen ser insustituibles. En estas el deudor solo cumple entregando la cosa predeterminada.

Ej. Obligación de entregar el cuadro *Guernica* de Picasso. Un coche matrícula CS-2835-AC.

En las genéricas el deudor puede cumplir entregando uno cualquiera de los objetos o una determinada cantidad de ellos, siempre que pertenezcan al género estipulado.

Ej. Entregar 100 kg de trigo o la entrega de una motocicleta marca Yamaha modelo X.

6.1. Régimen jurídico de las obligaciones genéricas y específicas

Las obligaciones específicas se rigen por las siguientes reglas (Castán, 1992):

1º El deudor debe conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.094). Lo que supone que quien tiene que conservarla ha de desplegar una diligencia media que es lo que significa el que el concepto jurídico indeterminado «buen padre de familia» (Pérez Álvarez, 2000).

2º El deudor ha de entregar la cosa determinada objeto de la obligación, con todos sus accesorios, sin poderla sustituir por otra (arts. 1.096, 1.097 y 1.166).

3º Si la prestación de la cosa determinada llega a hacerse imposible por caso fortuito, antes de haberse constituido en mora el deudor, queda este liberado (art. 1.182).

4º Si la cosa es fructífera, el acreedor tiene derecho a la entrega de los frutos desde que nace la obligación de entrega (art. 1.095 cc).

5º Si el deudor no cumple con la obligación de entregar la cosa determinada el acreedor puede compelerle coactivamente a que entre la cosa (art. 1.096).

6.2. Efectos de las obligaciones genéricas. La especificación

Las obligaciones genéricas, según Díez-Picazo y Gullón, producen los siguientes efectos:

1º El deudor está obligado a la entrega de una cosa del género convenido.
2º Si el deudor no cumple voluntariamente, el acreedor puede solicitar que se cumpla a expensas del deudor (art. 1.096-2º).
3º Si la calidad y circunstancias no se han expresado, el acreedor no podrá exigir una cosa de calidad superior, ni el deudor entregarla de calidad inferior (art. 1.167).
4º Se entiende que el género nunca perece (*genus nunquam perit*), por lo tanto como siempre hay cosas del mismo género, la pérdida o destrucción de la cosa debida no libera al deudor de cumplir la prestación como sucede con las obligaciones específicas (art. 1.182 *a contrario*).

La obligación genérica se convierte en específica y sigue el régimen propio de este tipo de obligaciones, mediante la individualización, concentración o especificación de la prestación. Esta se produce por la separación de la cosa o cosas del conjunto homogéneo o género que el deudor debe entregar al acreedor (Blasco Gascó, 1994). El Código Civil no contiene ninguna norma relativa a la especificación, si bien algún sector de la doctrina ha querido encontrar su admisión en el art. 1.452-3º (Castán, 1992).

En las obligaciones de género limitado las partes no solo han designado el género al que pertenece la cosa, sino también otras circunstancias externas que sirven para delimitarlas, como la procedencia.

Ej. Un hectólitro de vino de la cosecha de 1994; 1000 Kg de naranjas de tu finca de la partida X.

En las obligaciones de género limitado, la pérdida fortuita de las cosas libera al deudor de su obligación, puesto que no rige la máxima *genus nunquam perit* (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

7. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

Las obligaciones alternativas son aquellas que tienen como objeto varias prestaciones. Según el art. 1.131: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de estas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra». De lo que se deduce que el deudor (salvo pacto, ex art. 1.132) ha de elegir una para cumplir con ella. (R. Bercovitz, 2004). Ej. Cuando el deudor tiene que elegir entre pagar 6.000 € o entregar un determinado cuadro o cuando un restaurante ofrece varios platos en el menú a sus clientes.

La obligación alternativa se caracteriza por su contenido disyuntivo, solo habrá que efectuar una prestación de entre las varias prevista (Pérez Álvarez, 2000). Efectuada la elección, la obligación deja de ser alternativa y se concreta o especifica en la prestación elegida. Si tras la notificación de la elección al acreedor, la cosa perece o fuera imposible el servicio por caso fortuito, el deudor queda liberado (Blasco Gascó, 1994).

Obligaciones facultativas son aquellas en la que el deudor tiene una solo prestación (entregar un cuadro) pero puede liberarse pagando otra distinta (6.000 €) (Bercovitz y Valladares, 2004). A diferencia de las alternativas donde hay un abanico de prestaciones, en la facultativa solo existe una prestación, si bien se concede al deudor una facultad de liberarse cumpliendo en el momento del pago una prestación diferente (Pérez Álvarez, 2000).

En este caso si desaparece la obligación debida (primera prestación), el deudor ya no está obligado a cumplir la prestación (segunda) con la que se puede liberar. Este tipo de obligaciones no aparecen reguladas en el Código Civil y se tratan de una creación jurisprudencial. La SSTS 23 marzo 1957 y 13 de marzo de 1990 (RJ 1691).

8. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Son obligaciones principales las que existen por sí mismas y tienen un fin propio y, accesorias las subordinadas y agregadas a un principal (Castán, 1992). Son accesorias las obligaciones de garantía como la prenda, la hipoteca y la anticresis.

La extinción de la obligación principal supone la correlativa extinción las accesorias, como lo es el caso de la hipoteca que garantiza el pago de un préstamo, una vez que este se ha verificado se extingue la hipoteca aun cuando todavía continúe inscrita en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, la extinción de la obligación accesoria, sin embargo, no afecta a la existencia de la obligación principal.

9. OBLIGACIONES PECUNIARIAS

9.1. Concepto

Son obligaciones pecuniarias o dinerarias las que consisten en la entrega de una cantidad de dinero (Lacruz, 1999). Las deudas pecuniarias tiene dos características: en primer lugar, su cumplimiento no puede devenir nunca imposible porque el dinero siempre existe como tal, de ahí que la deuda de dinero sea una obligación genérica. Finalmente, el dinero es un bien productivo, de ahí que el incumplimiento por parte del deudor origine un perjuicio para el acreedor que se traducirá –salvo pacto en contrario– en el pago de unos intereses convenidos o, en su defecto, en el pago del interés legal (art. 1.108) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La doctrina, según la función que desempeñe el dinero, distingue dos clases de deuda pecuniaria, como deuda de dinero o como deuda de valor (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La deuda de dinero, o «deuda dineraria especificada» o «deuda de especie monetaria», tiene lugar cuando se pacta que el pago se realice en una especie monetaria concreta –euros, dólares, etc.–, en este caso funciona como medio de cambio de cosas y servicios. Este es el caso precio de la venta de un coche, de un arrendamiento de servicios, etc.

En la deuda de valor la suma a pagar por el deudor se determina en relación con el valor monetario de otra cosa (Bercovitz, 2004). Ej. El valor que tenga el barril Brendt de petróleo el 1 de enero de 2010, el valor de una onza de plata en el mercado de Amberes, etc. El Código se refiere en varios supuestos a la obligación de abonar un valor. El art. 360, al referirse al abono del valor de la construcción o plantación con materiales ajenos y los arts. 365, 564, 645, 1.106, 1.307, 1.478, etc.

9.2. El nominalismo

El problema que presentan las obligaciones pecuniarias es la pérdida del valor adquisitivo del dinero como consecuencia de la inflación o de la devaluación monetaria, o incluso de su apreciación. No tenían el mismo poder adquisitivo un peseta después de finalizada la guerra civil española (1939) que una de 1.998, aunque ambas tuviesen el mismo valor nominal o facial. A título de ejemplo, el valor adquisitivo del dinero, desde enero de 1985 a enero de 2006 ha sufrido una merma del 147 %, según el Instituto Nacional de Estadística (http://www.ine.es).

Nuestro ordenamiento jurídico se inclina por el llamado *Principio del Nominalismo*, según el cual el deudor deberá entregar la misma suma pactada en la obligación, es decir el mismo valor nominal, cualquiera que sea la alteración del poder adquisitivo del dinero como consecuencia de las apreciaciones o depreciaciones de la moneda (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El principio nominalista tiene su reflejo en el art. 1.170 del cc (Lacruz, 1999), que establece que:

> El pago de las deudas de dinero deberán hacerse en la especie pactada, no siendo posible entregar la especie en la moneda de plata u oro que no tenga curso legal en España.
> La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados [cuando se hayan hecho efectivos], o cuando por culpa del deudor se hubiesen perjudicado.

En la actualidad solamente los billetes del Banco de España (o del de cualquier otro país de la Unión Europea) son los que poseen curso legal y forzoso. Dentro del concepto de especie pactada cabe la posibilidad de que se pacte un contrato en moneda extranjera (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

9.3. Las cláusulas de estabilización

Para evitar las consecuencias del nominalismo las partes pueden acudir a las llamadas *cláusulas de estabilización*. Este tipo de cláusulas se insertan en los contratos de tracto sucesivo, y consisten en un índice corrector (que puede ser el Índice de Precios al Consumo del Instituto nacional de estadística o cualquier otro) que sirven para fijar la relación entre la suma objeto del contrato y el índice. De modo que la suma variará en idéntico sentido al índice. De este modo se corrige la pérdida o aumento del valor adquisitivo de la moneda.

Los índices más utilizados son los siguientes (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

a) Cláusulas de valor oro o plata por las que se acuerda que el deudor ha de entregar la suma de dinero que permita adquirir teóricamente la misma cantidad de oro o de plata que se podía adquirir con la suma fijada en el contrato.
b) Cláusulas valor-moneda extranjera. El deudor ha de pagar la suma de dinero con la que puede adquirirse una determinada suma de moneda extranjera.
c) Tomando como referencia el precio de determinados productos, como el trigo o el pan.
d) El Índice de Precios al Consumo (ipc), señalado por el Instituto Nacional de Estadística. Esta es la cláusula utilizada con más habitualidad en nuestro país. La cantidad a pagar variará según lo haya hecho este índice.

El juez también puede corregir el nominalismo mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en aquellos supuestos en los que la doctrina del ts lo autorice.

En algunas ocasiones es la ley la que impone de forma imperativa o dispositiva, determinadas cláusulas de estabilización (Blasco Gascó, 1994). Ej. El art. 13 de la Ley 49/2003 de Arrendamientos Rústicos y el art. 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

9.4. La prestación de intereses

9.4.1. Concepto de intereses

La deuda de intereses es una deuda dineraria derivada a su vez de una deuda pecuniaria. Jurídicamente el interés es un fruto, un fruto civil (arts. 354 y 355) que se configura como una remuneración por la disposición de una suma de dinero. El dinero se considera como un bien productivo y sus frutos son los intereses (Blasco Gascó, 1994).

Los intereses pueden desarrollar varias funciones: remuneratoria, como fruto por la utilización de un capital, sancionatoria o indemnizatoria, como sucede en el caso de los intereses moratorios (art. 1.108), como función de revalorización para compensar el nominalismo y como función compensatoria si la obligación es sinalagmática y la cosa produce frutos (arts. 1.120, 1.303 y 1.501.2 cc) (Blasco Gascó, 1994).

La obligación del pago de intereses es una obligación de naturaleza accesoria respecto de la obligación de restituir o entregar el capital y por lo tanto sigue sus vicisitudes. Sin embargo, la obligación de pagar los intereses ya vencidos, tiene sustantividad propia y tiene una existencia independiente de la obligación pecuniaria que la produjo (Lacruz, 1999).

9.4.2. Clases de intereses

La deuda de intereses, por su origen, puede ser legal o convencional. La obligación de pago del interés legal se encuentra establecida por la Ley. Su cuantía es también la que determina la ley (Ley de Presupuestos del Estado). Ley Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 lo ha establecido en un 5%.

Dentro de los intereses legales la doctrina distingue entre: intereses moratorios, que representan el resarcimiento del daño causado por el deudor al acreedor *pecuniario* por el retraso culposo en la entrega de la cantidad debida (art. 1.108). La ley de presupuestos también ha previsto para el año 2007 un curso interés de demora del 6,25% que aplicará Hacienda a quienes se retrasen en el pago de sus obligaciones tributarias.

También existen los intereses de la mora procesal. Según el art. 576 lec: «Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley».

La sts 13 junio 2007 (rja 3509) establece que debe recordarse la doctrina jurisprudencial sobre la incompatibilidad de los intereses procesales del art. 921 lec 1881 con los de cualquier otra naturaleza, debiendo prevalecer el devengo de los de tipo superior, tal y como ha venido a recoger el art. 576.1 lec, que sustituye al art. 921, a partir de su entrada en vigor.

Un especial interés moratorio lo establece la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en su art. 20.4: «La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%».

Son intereses compensatorios, los que cumplen una función equitativa por la apropiación de los frutos y rentas a cargo del vendedor que todavía no ha recibido el precio de cosa vendida (arts. 1.120, 1.303 y 1.501-2º) (Lacruz, 1999).

La sts 16 diciembre 2002 (rja 10749) condena al pago de intereses compensatorios al promotor que no entrega en el plazo pactado unas viviendas: «se da el supuesto previsto en el número segundo del artículo 1.501, pues las cosas que se debían entregar –en este caso viviendas dispuestas para su habitabilidad–, indudablemente resultan aptas para producir rentas y beneficios. Se trata de propios intereses compensatorios y no moratorios, no actuando como pena civil, sino como contrapartida de la utilidad que ha entrado en el patrimonio del obligado».

El interés convencional es aquel cuyo origen está en el pacto de las partes de la misma forma que lo está su cuantía. Sin embargo, la Ley de 23 de junio de 1908 de prevención de la Usura o Ley Azcárate determina la nulidad de un contrato cuando los intereses pueden ser calificados de usurarios.

Si se ha pactado el pago de intereses pero no se ha fijado su cuantía, se entiende por la jurisprudencia que debe aplicarse el interés legal.

9.4.3. El anatocismo

La figura del anatocismo consiste en los intereses de los intereses ya vencidos. La acumulación de intereses al capital ya devengado genera a su vez nuevos intereses. El art. 1.108 prevé el anatocismo de carácter legal al señalar que los intereses vencidos generan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio al respecto. El anatocismo puede tener también un origen convencional (Blasco Gascó, 1994).

> Ej. Juan se obliga a devolver un préstamo de 6.000 €, en su día pactó pagar un 5% anual (interés remuneratorio). El día del vencimiento deberá entregar el capital y los intereses devengados. Si no paga puntualmente terminará pagando unos intereses en concepto de mora, que se aplicarán sobre el capital y sobre los intereses remuneratorios desde el momento en que su acreedor le demande.

10. OBLIGACIONES, PURAS, CONDICIONALES Y A TÉRMINO

10.1. Concepto de obligación condicional

Las relaciones obligatorias pueden estar sometidas a una condición por la voluntad de las partes. En este sentido, al referirnos a los elementos del contrato, distinguíamos tres categorías de elementos:[1] esenciales, naturales y accidentales. Dentro de esta última categoría se encuentran la condición, el término y el modo.

Se denomina condición al *acontecimiento futuro e incierto* al que queda sometida, total o parcialmente la eficacia de un contrato. Como quiera que lo sometido a condición son las obligaciones que se derivan del contrato, el cc utiliza la expresión obligaciones condicionales (Pérez Álvarez, 2000). En el cc las obligaciones condicionales aparecen reguladas en los arts. 1.113 a 1.124 cc.

La regla general establecida por el Código Civil es que las obligaciones son puras, es decir, que no están sometidas ni a condición ni a plazo, lo que supone que han de cumplirse de forma inmediata una vez nacidas. Así se deduce de la expresión «será exigible *desde luego»* del art. 1.113 cc (Lasarte, 2007).

Art. 1.113 cc: «Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución».

Una característica de la condición es su voluntariedad: el contrato se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto porque las partes así lo han acordado. De ahí que la jurisprudencia haya establecido que «las condiciones no se presuponen sino hay que probarlas» (sts 16 junio 1995 y 24 julio 1997) (Pérez Álvarez, 2000).

1. Vid. Tema 9.1. «Los elementos del contrato».

10.2. Clases

Las obligaciones condicionales pueden ser suspensivas y resolutorias. Estos dos tipos de obligaciones aparecen contempladas en el art. 1.114 CC: «En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos [suspensiva], así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos [resolutoria], dependerán del acontecimiento que constituya la condición».

En la obligación sometida a condición suspensiva, la adquisición de los derechos dependerá del acontecimiento que constituye la condición (art. 1.114 CC). El acreedor *sub conditione* es titular de un derecho eventual, pero en el momento de cumplirse de la condición suspensiva la obligación se purifica y despliega todos sus efectos con carácter retroactivo (art. 1.120 CC) al momento de constituirse la obligación (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La perfección del contrato no tendrá lugar hasta que se cumpla la condición suspensiva, de ahí que si la condición no se cumple el contrato nunca producirá efectos la condición suspensiva responde a la pregunta ¿pendiente de validez mientras no suceda qué?

> Ej. Un supuesto clásico es el del contrato de compraventa de solar sometido a la condición suspensiva del otorgamiento de la licencia de obras por el correspondiente Ayuntamiento. El contrato se perfeccionará cuando esta se otorgue, su denegación supondrá que no se ha producido la condición suspensiva y el contrato que estaba –en suspenso– no se perfeccionará.

En las obligaciones resolutorias el contrato o la obligación producen todos sus efectos desde el momento de su constitución. La condición operará como una circunstancia que pondrá fin a la relación jurídica, sus efectos se resuelven cuando la condición tiene lugar (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

> Ej. Te pagaré 500 € mensuales mientras estudies Derecho. Lo que supone que terminada la carrera finaliza –queda resuelta– la obligación de pagar los estudios. (Responde a la pregunta ¿vigente mientras no suceda qué?)

La STS 19 julio 2002 (RJA 9097) al referirse a la necesidad de obtener la licencia de construcción, en un contrato de permuta de solar a cambio de obra establece que: «esta cláusula transcrita tiene naturaleza jurídica de condición resolutoria: si se cumple la condición –denegación o retraso de seis meses de la licencia de edificación (siempre respecto al proyecto consensuado)– se resuelven el contrato y las obligaciones derivadas del mismo y las partes deben restituirse aquello que hubiesen percibido, como dice el artículo 1123 del Código Civil volviendo al s*tatu quo* anterior».

10.3. Límites

De acuerdo con el art. 1.116 del CC: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta».

Respecto a este tipo de condiciones la STS 21 febrero 2003 (RJA 2132) establece que: «la condición impuesta [...] resulta de imposible cumplimiento y la aplicación al respecto de lo consignado en el art. 1.116 del Código Civil que anula la obligación que de ellos dependa, por consiguiente la cláusula de obtener la declaración de invalidez en el plazo de un año, anula la obligación impuesta, como se deduce de las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 1985 (RJ 6598), 14 de marzo de 1986 (RJ 1252) y 30 de mayo de 1991».

10.4. Concepto de obligación a término

El CC regula las obligaciones a plazo en los arts. 1.125 a 1.130. La eficacia de un contrato o de una obligación también puede hacerse depender del transcurso de un periodo de tiempo. Se habla entonces de un contrato u obligación a sometida a término o a plazo. En el plazo, a diferencia de la condición, existe la certidumbre de que este va a tener lugar en que una fecha exacta y que por tanto la obligación necesariamente deberá ser cumplida.

El término puede ser inicial o final. Es *inicial* cuando el comienzo de la eficacia de un contrato queda supeditado al transcurso del plazo, llegado este el contrato despliega todos sus efectos. El término *final* supone que un contrato que era válido deja de producir efectos desde el advenimiento del plazo (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En el contrato de arrendamiento firmado el 7 julio de 2002, pero que empezará a tener validez el 1 de enero de 2003, el contrato existe desde la fecha en que presta el consentimiento, pero sus efectos obligatorios no surgirán hasta el día en que se cumple el término inicial, el 1 de enero de 2003.

El vencimiento anticipado de las obligaciones aplazadas. Aun cuando la obligación haya sido objeto de aplazamiento (o término final), el hecho de que la situación patrimonial o la actitud del deudor haga peligrar la satisfacción del interés del acreedor puede conllevar la anticipación del vencimiento de la obligación aplazada (Lasarte).

Establece, en efecto, el artículo 1.129 del Código Civil que:

> perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:
>
> 1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.
> 2º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.
> 3º Cuando por actos propios hubiere disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

Tema 3
La extinción de las obligaciones (I) Los subrogados del pago

1. MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Los derechos de crédito tienden a su consumación, a diferencia de los derechos reales que tienden, por lo general, a una duración ilimitada. Los derechos de crédito son de naturaleza transitoria, puesto que solo persiguen satisfacer el interés del acreedor mediante la prestación del deudor o su equivalente económico (Castán, 1992).

Los modos o causas de extinción de la obligación son los distintos hechos o negocios jurídicos en virtud de los cuales aquella deja de existir (Puig Brutau, 1986). El cc dedica el artículo 1.156 a la extinción de las obligaciones*:*

> Las obligaciones se extinguen:
>
> Por el pago o cumplimiento.
> Por la pérdida de la cosa debida.
> Por la condonación de la deuda.
> Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.
> Por la compensación.
> Por la novación.

Es reiterada la jurisprudencia que establece que la enumeración del artículo 1.156 es incompleta y por lo tanto no es exhaustiva sino meramente enunciativa.

Un mapa más completo de los modos de extinguirse la obligación es el siguiente:

a) Por la realización de la prestación debida por el deudor, es decir, por el pago o cumplimiento.
b) Por quedar satisfecho el interés del acreedor por otros medios diferentes al pago o cumplimiento denominados subrogados del pago: *pérdida de la cosa debida, condonación de la deuda, confusión de los derechos de acreedor y deudor, compensación y novación.*
c) Por incumplimiento de la obligación por causas no imputables al deudor (fuerza mayor o caso fortuito).
d) Por utilizar acreedor aquellos medios de los que dispone para defender sus intereses ante el incumplimiento del deudor (resolución por incumplimiento).
e) Cuando se atribuye a una de las partes la facultad de dar por terminada la relación obligatoria: la decisión unilateral. Si bien en algunos casos es la propia ley la que contempla este supuesto. Ej. Este es el caso del derecho de revocación del art. 5 de la Ley 26/1991 de Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles y del desistimiento del art. 10 Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias (Díez-Picazo y Gullón, 2001).
f) Cuando las partes celebran un negocio jurídico de extinción de la relación obligatoria: el mutuo disenso.
g) Cuando se produce la circunstancia expresamente prevista como momento final de la relación (término final, condición resolutoria) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).
h) Otras vías de extinción como la prescripción o caducidad de la acción, la muerte de las personas (en las obligaciones de carácter personalísimo) (Puig Brutau, 1986).

2. EL PAGO O CUMPLIMIENTO

2.1. Concepto

La palabra pago se relaciona con el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Sin embargo, jurídicamente pago y cumplimiento son términos equivalentes que se refieren a la realización por el deudor del cumplimiento previsto en la obligación (Bercovitz, 2004). El pago presupone una obligación anterior puesto que en otro caso, el pago sin una obligación previa, nos encontraríamos ante un supuesto de cobro de lo indebido (ex art. 1.895 cc) (Pérez Álvarez, 2000).

El propio Código utiliza en numerosas ocasiones las expresiones pago y cumplimiento como equivalentes. El término incumplimiento es el reverso de la expresión cumplimiento.

El cumplimiento o pago es la realización de la prestación debida que trae como consecuencia (Pérez Álvarez, 2000):

- La extinción de las obligaciones. Si bien las obligaciones también se extinguen por otras causas.
- La liberación del deudor. Lo que supone que desaparece el deber jurídico de llevar a cabo la prestación.
- La satisfacción del interés del acreedor. Puesto que el cumplimiento supone la consecución de la prestación que se le podía exigir al deudor.

El cumplimiento puede ser «voluntario» y «forzoso», en este último caso hace referencia al cumplimiento que se impone de forma coactiva al deudor cuando no cumple de forma voluntaria (Pérez Álvarez, 2000). El cumplimiento forzoso supone que previamente el acreedor ante el incumplimiento del deudor se ha visto obligado a acudir a la vía judicial, obteniendo una sentencia en la que se condena a aquel a cumplir forzosamente.

Se denomina régimen jurídico del pago al programa de prestación previsto al constituirse la obligación (sts 2 de noviembre 1994). Ese programa estará integrado por la voluntad de las partes y en lo no previsto por ellas por lo dispuesto en el Código (art. 1.258 cc). La ejecución de la prestación de acuerdo con el *programa* producirá la extinción de la obligación y la liberación del deudor (Pérez Álvarez, 2000).

2.2. Sujetos del pago

2.2.1. Pago efectuado por el deudor

El deudor es la persona obligada al pago cuyo destinatario es el acreedor. El pago puede realizarlo el deudor por sí mismo o por representante legal o voluntarios. Sin embargo, el Código Civil –salvo que se trate de prestaciones personalísimas (art 1.161 cc) también denominadas *intuitu personae*)– permite que pague un tercero distinto del deudor o incluso que se haga el pago a persona distinta del acreedor (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El pago puede ser realizado por una persona o por varias, tal como se vio en los casos de obligaciones con pluralidad de deudores, originándose el fenómeno de las obligaciones mancomunadas o solidarias.

2.2.2. El pago efectuado por tercero

En principio, corresponde el pago al deudor, sin embargo, puede pagar un tercero cualquiera (Albaladejo, 2002). Lo que supone que una persona de modo voluntario paga una deuda ajena (Pérez Álvarez, 2000). Esta posibilidad aparece reflejada en el artículo.1.158: «Puede hacer el pago cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor [...]». De un modo castizo podríamos decir que «para pagar todo el mundo es bueno».

Esta legitimación del pago por tercer es independiente de cuál sea la voluntad del deudor y de los motivos que impulsan al tercero a asumir una obligación ajena (Pérez Álvarez, 2000).

La excepción a esta regla del pago por tercero la constituyen las obligaciones personales (*intuitu personae*) de hacer. Según el art. 1.161: «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

El fundamento de que sea válido el pago por una persona que sea totalmente ajena a la relación jurídica, tenga o no interés en su cumplimento, se encuentra en que al tener por finalidad la prestación la satisfacción de un interés del acreedor, a este no debe importarle, en principio, quién la realice, con tal de que aquel quede satisfecho. El tercero, según el art. 1.158 cc, puede pagar incluso cuando se opongan el deudor y el acreedor (Albaladejo, 2002).

Efectos del pago por tercero. El pago efectuado por el tercero libera al deudor frente al acreedor, que ha visto satisfecho su interés al cumplirse la prestación debida. A su vez el tercero puede reclamar al deudor por el que ha pagado; si bien las posibilidades de reclamación del tercero al obligado varían según las circunstancias de conocimiento del deudor (Pérez Álvarez, 2002):

a) *El pago por tercero con conocimiento y sin oposición del obligado al cumplimiento*, le permite reclamar al deudor lo que hubiese pagado (acción de reembolso ex art. 1.158-2º), pero además podrá subrogarse en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor por quien se ha pagado (acción subrogatoria ex art. 1.159, a *sensu contrario*).

Según el art. 1.158-2º: «el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

El art. 1.159 establece que: «El que pague en nombre del deudor, ignorándolo este, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos».

b) *El pago por tercero ignorándolo el obligado al cumplimiento* solo le permite reclamar al deudor lo que hubiese pagado (acción de reembolso ex art. 1.158-2º) pero carecerá de derecho a la subrogación del art. 1.159.

c) *El pago por tercero con oposición del obligado al cumplimiento* solo permite repetir contra el obligado aquello en que le hubiera sido útil el pago (acción de enriquecimiento ex art. 1.158-3º).

2.3. Capacidad para efectuar el pago

El presupuesto de capacidad para efectuar el pago viene establecido por el artículo 1.160 CC con referencia a las obligaciones de dar: «... no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe».

En el caso de que el pago fuese realizado por un incapaz se aplicaría la regla de la anulabilidad (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El Código guarda silencio cuando la prestación consiste en una obligación de hacer o no hacer. Solamente en el caso de la obligación previa fuese anulable cabría la posibilidad de restitución del valor de la prestación ejecutada (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2.4. Capacidad para recibir el pago

El pago en principio debe de efectuarse al acreedor que pueda recibirlo, siéndolo todo sujeto capaz para administrar sus bienes. No obstante, también puede efectuarse el pago al representante (legal o voluntario) o cualquiera otra autorizada a recibir el pago, tal como establece el art. 1.162: «El pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación [deudor], o a otra autorizada para recibirla en su nombre».

El Código Civil prevé dos supuestos en los que el pago es válido y libera al deudor aunque no se hubiera efectuado a ninguna de las anteriores personas (Albaladejo, 2002):

a) El pago al acreedor aparente. El art. 1.164 CC establece que «el pago efectuado de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor».
Sería cuando en el caso de fallecimiento del acreedor se paga a quien aparentemente es su heredero, aunque en realidad luego se averigua que no lo es. Siempre que el pago se realice de buena fe.
b) El pago efectuado a tercero. El CC admite la validez del pago, efectuado al acreedor, a la persona autorizada, al acreedor aparente e incluso a un tercero siempre que reporte alguna utilidad al acreedor (art. 1.163 CC).

Nos dice Albaladejo que el pago al tercero sería útil al deudor cuando aquel a quien por error se le entregó el dinero, lo hiciera llegar a manos del verdadero acreedor, lo que conllevaría a la liberación del deudor y en consecuencia el pago habría sido útil. Es decir, la utilidad supone que el dinero al final entre en el patrimonio del acreedor (Pérez Álvarez, 2000).

2.5. Requisitos objetivos del pago: la exactitud de la prestación

Son requisitos del exacto cumplimiento de la prestación: su identidad, integridad e indivisibilidad. Ello significa que: la prestación ha de ser exactamente la debida (art. 1.166), que el acreedor tiene derecho a recibirla de íntegramente (art. 1.157) y además, por norma general de una sola vez (art. 1.169) (Puig Brutau, 1986). La falta de cualquiera de estos requisitos, supone un incumplimiento contractual, faculta al acreedor para negarse a aceptar el cumplimiento que el deudor le ofrece (Pérez Álvarez, 2000).

a) El requisito de la identidad de la prestación consiste en que se ha de realizar la prestación prevista, no se puede pagar mediante otra prestación distinta a la pactada. Esta exigencia aparece recogida en el art. 1.166 que establece que: «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor».

Se viola este requisito cuando se entrega un cuadro distinto al comprado, aunque sea de superior valor.

b) El principio de la integridad significa que la prestación ha de cumplirse en su totalidad; aparece recogido en el artículo 1.157 que establece que: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía».

Este sería el caso en el no se entrega la cosa vendida junto con sus accesorios, o frutos (arts. 1.095 y 1.097); cuando solo se entrega el 95% de la cantidad adeudada, etc.

c) El requisito de la indivisibilidad se opone al fraccionamiento de la obligación y está contemplado en el artículo 1.169 CC que dice que: «A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación [...]». La indivisibilidad supone que la prestación ha de efectuarse de forma unitaria en el tiempo en que ha de realizarse la prestación (Pérez Álvarez, 2000).

Una excepción a este requisito es la que recoge el 2º párrafo del art. 1.169: «Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda».[1]

2.6. Circunstancias y lugar del pago

El pago o la prestación ha de realizarse en un determinado lugar, de modo que el acreedor puede negarse a la recepción del pago en un lugar al pactado (Pérez Álvarez, 2000).

A) *El lugar del pago.* El art.1.171 establece con carácter general el lugar del pago:

> El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. *No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde esta existía en el momento de constituirse la obligación.* En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.

El Código también establece el lugar el pago para algunos supuestos de contratos en particular. El artículo 1.500 en la compraventa, el 1.574 para el arrendamiento de fincas, el 1.559 para el contrato de ejecución de obra, el 1.615 para el pago de los censos y el 1.774 para el pago del depósito.

B) *El tiempo del pago.* El pago o cumplimiento ha de ser realizado en el momento pactado por las partes. En defecto de pacto al respecto, el vencimiento de la deuda dependerá de la clase de obligación. Así si esta es pura o está sometida a condición resolutoria será exigible desde luego –vgr. inmediatamente– (art. 1.113). Si está sometida a condición suspensiva, será exigible cuando la condición se cumpla (art. 1.114) y si se halla sometida a plazo cuando el día llegue (art. 1.125) (Puig Brutau, 1986).

---

1. El concepto liquidez a que la deuda pueda ser contabilizada en dinero. En este sentido el art. 572 LEC dice que se «considera líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles».

La inobservancia del tiempo del cumplimiento permite distinguir entre un mero retraso en el cumplimiento de la obligación, sin consecuencias jurídicas y el cumplimiento moroso (art. 1.100) con las consecuencias que señala el art. 1.101 CC.

La jurisprudencia estima que todo contrato está sometido a un plazo, que puede ser expreso o tácito o presunto. El art. 1.128 CC se refiere al plazo tácito, y permite que los Tribunales puedan fijar el plazo de pago en dos supuestos (art. 1.128): 1º Si la obligación no señalara plazo pero de su naturaleza y circunstancias se dedujera que ha querido concederse al deudor. 2º Si la duración del plazo ha quedado a voluntad del deudor. Ej. Los Tribunales tendrán que fijar el plazo de pago cuando, por ejemplo se presta a alguien un barco para que lo utilice durante el tiempo que esté en Mallorca, o se utiliza en un contrato una cláusula del estilo «ya me pagarás cuando puedas».

Las STS 17 diciembre 2004 (RJA 196) establece un plazo de dos años para terminar unas obras en un contrato en el que no se especificaba fecha de entrega sino que se limitaba a indicar que «plazo terminará vencido el plazo tácito del párrafo 1.º del artículo 1.128, o aquel que se dejó a la voluntad del deudor» una vez haya concluido la obra». También se establece plazo presunto en las SSTS 9 noviembre 2001 (RJA 9292), 6 marzo 1999 (RJA 1854) y STS 15 diciembre 1984 (RJA 6116) en un caso de demora en la solicitud de licencias de obras de año y medio estableció que: «aplicación de la doctrina jurisprudencial que declara que por el largo lapso de tiempo transcurrido desde que el deudor debió cumplir su obligación, debe entenderse

2.7. Prueba del pago: el recibo

En virtud de la regla del artículo 217 de la vigente LEC, incumbe al deudor la prueba del pago de la obligación, como causa de extinción de la misma. El deudor puede acudir a cualquier medio de prueba, sin embargo, el medio más extendido de prueba del pago de las obligaciones es el recibo. Este, aun a pesar de aparecer mencionado en varios preceptos (arts. 1.110, 1.172-2, 1.616, 1.684 y 1.685), sin embargo, no aparece regulado en ninguno de ellos (Lacruz, 1999).

El recibo normalmente consiste en un simple documento privado firmado por el acreedor acreditativo de la recepción de la prestación debida, con su conformidad o disconformidad en su caso (Lacruz, 1999).

El TS en numerosas ocasiones ha establecido la obligatoriedad de la entrega del recibo por el acreedor, justificando incluso la negativa del deudor a efectuar el pago si aquel se niega a la entrega del recibo (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El deber de entregar recibo sí que aparece recogido en algunas leyes especiales: el art. 164-3º de la Ley de 2 de agosto de 1985 reguladora del IVA, establece la obligación de emitir la correspondiente factura. Asimismo el art. 63.1 del TRLCU ha establecido la obligación de entrega a los consumidores de «recibo, justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación; el art. 11.3 LOCM exige que: «en todo caso, el comprador podrá exigir la entrega de un documento en el que, al menos, conste el objeto, el precio y la fecha del contrato»; el deber de entrega del «recibo del pago» también se exige expresamente en el art. 17.4 de la LAU/1994 y el art. 817 LEC/2000 que se refiere al mismo como «justificante de pago».

3. LA IMPUTACIÓN DE PAGOS

3.1. Concepto

Esta figura jurídica viene a solucionar el problema que se plantea cuando un deudor tiene varias deudas de una misma especie con un mismo acreedor; e interesa saber cuál de ellas es la que se paga con la prestación realizada (Orduña Moreno, 1994). La imputación de pagos designa la deuda a la que debe aplicarse el pago realizado por el deudor.

3.2. Requisitos

Doctrina y jurisprudencia señalan los siguientes requisitos para que tenga lugar la imputación de pagos (Orduña Moreno, 1994):

- La existencia de varias deudas de las que sean titulares activos y pasivos las mismas personas.
- Las deudas han de ser de la misma especie, de modo que sea indiferente pagar una u otra. Ej. Deudas de dinero, no cabe la imputación de deudas si estas son de diferente especie como deber dinero y la entrega de una cosa.
- Las deudas, en principio, han de estar vencidas y ser exigibles (art. 1.174-1 cc).

3.3. Régimen

La imputación de pagos viene regulada en los arts. 1.172 a 1.174 del cc, y puede efectuarse de acuerdo a los siguientes criterios:

1º *Imputación por el deudor.* Según el art. 1.172-1º: «El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse».

En este supuesto el deudor ha de dirigirse al acreedor para que este muestre su conformidad al respecto (Orduña Moreno, 1994).

2º *Imputación por el acreedor.* En caso de no haberse manifestado el deudor, la imputación puede efectuarse por el acreedor de acuerdo con el art. 1.172-2º: «Si aceptare [el deudor] del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra esta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato».

Este supuesto contempla la posibilidad de que el acreedor se hubiese adelantado a la iniciativa del deudor.

3º *Criterios legales de imputación.* En el supuesto de que la imputación no se resuelva de acuerdo con las reglas anteriores, será de aplicación lo previsto en art. 1.174 cc: «Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas.

Si estas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata».

4º En el supuesto de que una de las deudas produzca intereses, se aplicará el art. 1.173: «Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses». Este precepto supone una limitación de la facultad de imputación del deudor.

4. LOS SUBROGADOS DEL PAGO

El pago o cumplimiento consiste en la exacta y puntual ejecución de la prestación convenida, pero no es la única vía para conseguir la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor. En ocasiones, la satisfacción del interés del acreedor puede producirse de un modo diferente al cumplimiento inicialmente pactado o programado a través de una serie de medios denominados «subrogados del cumplimiento» puesto que sustituyen o suplen al cumplimiento en sentido genuino (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Los subrogados del pago son: *el ofrecimiento de pago y la consignación, la dación en pago, el pago por cesión de bienes, la condonación y la compensación.*

5. EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y LA CONSIGNACIÓN

5.1. Naturaleza y función

La Ley protege el interés del deudor que ha cumplido diligentemente liberándole de la obligación. Sin embargo, a veces el deudor que actúa diligentemente no encuentra la necesaria colaboración del acreedor, que se niega injustificadamente a recibir la prestación realizada. Como no es justo que el deudor continúe vinculado indefinidamente con el acreedor, la ley ha dispuesto de un mecanismo para liberar al deudor, el ofrecimiento de pago seguido de la consignación o depósito de las cosas debidas ante la autoridad judicial (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En los supuestos en los que se han pactado arrendamientos muy largos, el arrendador llega un momento en que se niega a recibir más pagos del arrendatario, para a continuación iniciar un proceso de desahucio por falta de pago contra aquel.

La consignación tiene una función liberatoria del vínculo obligacional. Su aplicación se restringe a las obligaciones de dar, que son las únicas que pueden ser objeto de una puesta a disposición. La consignación, en sentido amplio, consta de dos fases sucesivas: el ofrecimiento del pago y la consignación judicial de la cosa debida (Orduña Moreno, 1994). En ese sentido el art. 1.176-1º cc establece que: «si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida...».

5.2. Procedimiento

El cc establece en los arts. 1.176 a 1.181 el procedimiento a seguir para que el deudor se libere de la obligación mediante el ofrecimiento de pago seguido de la consignación.

1º El ofrecimiento del pago hecho al acreedor no requiere ninguna forma especial, por lo que será válido por cualquier medio que pruebe fehacientemente que aquel se ha efectuado. Requerimiento notarial, telegrama, burofax... (art. 1.177-2º). El pago ofrecido debe de ser exacto tanto en sus requisitos objetivos como en las circunstancias de tiempo y lugar.

2º El deudor tiene el deber de comunicar previamente la consignación a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación (art. 1.177-2º). Están interesados en la obligación todos aquellos que ostenten un derecho, o asuman alguna responsabilidad: acreedores y deudores solidarios, fiadores, etc. (Orduña Moreno, 1994).

Tanto el ofrecimiento de pago como el anuncio previo de la consignación deberán ser acreditados posteriormente ante la autoridad judicial. A este respecto el art. 1.172 dice que: «para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación».

3º La consignación propiamente dicha se efectuará, según establece el art. 1.178 CC «... depositando las cosas debidas a disposición de la Autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento, en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás. Hecha la consignación, deberá notificarse también a los interesados» (Orduña Moreno, 1994).

La consignación de bienes inmuebles plantea el problema de su admisión, puesto que el art. 1.761 CC los excluye como objeto del depósito. No obstante debe resolverse a favor de su admisión, ya que la *puesta a disposición resulta viable*, no solo a través del nombramiento judicial de personas encargadas de su conservación y custodia sino también por medio de la entrega espiritualizada o simbólica del bien inmueble, como las llaves, escrituras, etc.

5.3. Efectos

El principal efecto de la consignación es la liberación del deudor. Según el art. 1.180 CC, este efecto se produce cuando el acreedor acepta la consignación o recae una declaración judicial confirmando que la consignación se ha realizado conforme a derecho (Orduña Moreno, 1994). La consignación estará válidamente efectuada cuando se hayan seguido los trámites previstos, siendo lo consignado lo adeudado y no aceptado sin razón por el acreedor (Pérez Álvarez, 2000).

En la fase anterior a la aceptación o la declaración judicial, el deudor puede, si lo considera conveniente, proceder a la retirada de las cosas depositadas, pero, en tal caso, deja subsistente la obligación (art. 1.180-22). Si la retirada de las cosas se realiza con la autorización del acreedor, entonces se produce una modificación de la relación obligatoria, pues el acreedor pierde la preferencia que tuviere sobre las cosas frente a sus acreedores y los codeudores y fiadores quedan liberados (art. 1.181 CC). Por su parte, el art. 1.179 CC señala que: «los gastos de la consignación, cuando fuera procedente, serán de cuenta del acreedor».

El deudor, efectuada válidamente la consignación, puede solicitar del juez que mande cancelar la obligación, esto es, que expida el correspondiente documento acreditativo de la extinción de la obligación (Orduña Moreno, 1994).

5.4. Consignación no precedida de ofrecimiento de pago

El art. 1.176 CC enumera los supuestos en los que es válida la consignación realizada directamente, sin ofrecimiento de pago:

1) *Cuando el acreedor está ausente.* No es necesaria la declaración de ausencia legal, pues en tal caso, el ofrecimiento debería hacerse a su representante legítimo. Se trata, por tanto, de la falta de presencia del acreedor en su domicilio o residencia o del desconocimiento de estos cuando el pago deba realizarse en alguno de ellos (Orduña Moreno, 1994).

2) *Cuando el acreedor esté incapacitado para recibir el pago.* No es necesaria una incapacitación legal, puesto que en ese caso sería su representante legal quien recibiese el pago. Se refiere el precepto a una incapacidad puramente material y transitoria o a una incapacidad no declarada judicialmente (Orduña Moreno, 1994).

3) *La existencia de litigio sobre la titularidad del crédito.* El verdadero acreedor verdadero se determinará en la correspondiente sentencia y hasta que ello no se produzca carece de fundamento el realizar múltiples ofrecimientos de pago (Orduña Moreno, 1994).

4) *Cuando se produzca el extravío del título de la obligación.* El supuesto parece referido a aquellos casos en los que la presentación del título sea una condición necesaria para el pago, tanto porque acredite la legitimación del acreedor, como porque la liberación del deudor solo se produce con la recuperación o rescate del título.

En todo estos supuestos contemplados, la consignación sigue el mismo procedimiento judicial, con la salvedad de que no necesitará ser anunciada y notificada.

5.5. Ofrecimiento de pago no seguido de consignación

En este caso no puede producirse la liberación del deudor, pues esta solo tiene lugar con la aceptación del pago o la declaración judicial. No obstante, la jurisprudencia del TS ha reconocido ciertos efectos a dicho ofrecimiento, como constituir en estado de mora al acreedor y el evitar la posible prescripción, caducidad o resolución de la relación obligatoria (STS 9 julio 1941 y 5 junio 1944) (Orduña Moreno, 1994).

6. LA DACIÓN EN PAGO

6.1. Concepto y función

El art. 1.166 CC, al consagrar el principio de la identidad de la prestación, no permite que el deudor de una cosa entregue a su acreedor otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

La dación en pago *(datio pro soluto)* tiene lugar cuando el acreedor acepta que el deudor le entregue una cosa distinta de la convenida. Es decir, que con el consentimiento del acreedor se realiza una prestación distinta a la inicialmente prevista.

Ej. El deudor A que no puede entregar al acreedor B una pareja de vacas, tal como pactaron, le ofrece la entregar de diez ovejas, B acepta ofrecimiento de A.

El Código Civil no regula esta figura jurídica, si bien la menciona en los arts. 1.521, 1.636 y 1.849 CC, en este último se establece que: «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador».

Este precepto resalta su función como subrogado del cumplimiento. La dación en pago se presenta, ante todo, como una modificación objetiva de la obligación consistente en el cambio de la prestación programada por otra distinta que la sustituye. Desde este punto de vista la dación en pago implica un negoció jurídico en el cual las partes acuerdan una nueva reglamentación acerca de la prestación a ejecutar (Orduña Moreno, 1994).

La dación en pago también viene caracterizada por su efecto extintivo o solutorio de la obligación. La realización de la nueva prestación cumple la misma función satisfactiva del pago y produce la liberación del deudor (Orduña Moreno, 1994).

6.2. Naturaleza jurídica

La dación en pago plantea el problema de su naturaleza jurídica: la doctrina tradicional (conforme a los antecedentes históricos) entiende que se trata de un contrato asimilado a la venta, otro sector estima que esta supone una novación por cambio de objeto que determina la extinción de la primitiva obligación y el nacimiento de otra nueva; finalmente otro sector entiende que se trata de un negocio jurídico complejo y atípico que participa de las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto (Pérez Álvarez, 2000).

7. EL PAGO POR CESIÓN DE BIENES

7.1. Naturaleza y función

La cesión de bienes consiste en una transmisión de bienes del deudor a los acreedores, atribuyéndose a estos la facultad de someterlos a un proceso de liquidación, y con el precio obtenido pagar el importe de la deuda.

La figura del pago por cesión de bienes *(datio pro solvendo)* aparece recogida en el art. 1.175 cc que dispone que: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, solo libera a aquel de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos ...».

La cesión de bienes no comporta un efecto solutorio inmediato de la deuda, tal como sucede con la dación en pago cuyos efectos *son pro soluto* (de pago), la cesión tiene efectos *pro solvendo* (para pago), y la extinción total o parcial de la deuda no se producirá hasta que tenga lugar la liquidación y aplicación del importe obtenido a la satisfacción de los acreedores (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

> Ej. A que no tiene con que pagar la deuda de 10.000 € a B, le entrega un coche, para que lo venda y con el producto de la venta se cobre el importe de la deuda. Si solo obtiene 9.000 € la deuda no se habrá extinguido totalmente y continuará debiéndole 1.000 €.

Por el contrario, si el coche se hubiese entregado, como dación en pago, la deuda se hubiera extinguido totalmente, puesto que el deudor quedaría liberado en el momento de la entrega del coche.

Para llevar a la práctica el convenio de la cesión el deudor lleva a cabo un negocio jurídico de apoderamiento por virtud del cual se concede a los acreedores una especial autorización para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor (Orduña Moreno, 1994).

En la práctica la cesión de bienes, suele realizarse de dos formas:

a) Mediante otorgamiento, por el deudor de un *poder irrevocable* a favor de sus acreedores que les faculta para la enajenación y administración de los bienes que sean objeto de la cesión (Orduña Moreno, 1994).

b) A través de la transmisión directa de los bienes objeto de la cesión, aunque con la inclusión de un pacto fiduciario relativo al encargo de los cesionarios de administrar y enajenar los bienes para el pago de las deudas (Orduña Moreno, 1994).

7.2. Clases

La cesión de bienes puede realizarse judicial o extrajudicialmente. La primera se realiza con intervención de los órganos judiciales y conforme a las disposiciones establecidas en la LEC. Este tipo de cesión se presenta, dentro de los convenios que se celebran en el concurso de acreedores (situación en la que se encuentra el deudor no comerciante cuyo pasivo exigible es superior al activo realizable, art. 1.913 CC) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La cesión de bienes extrajudicial se realiza directamente entre el deudor y sus acreedores sin el encauzamiento judicial. La celebración de estos convenios supone una renuncia a solicitar judicialmente la declaración de concurso o quiebra del deudor. Los convenios deben celebrarse con todos los acreedores, puesto que los bienes cedidos actúan como garantía común de todos ellos (ex art. 1.911) y para que no exista modificación del principio de igualdad de todos los acreedores de modo que si se deja fuera conscientemente a alguno o algunos de los acreedores para menoscabar sus derechos estos podrán ejercitar la correspondiente acción de rescisión por fraude de acreedores (arts. 1.111 y 1.291 CC). (Díez-Picazo y Gullón, 2008)

7.3. Efectos

La cesión de bienes, salvo pacto en contrario, libera al deudor de sus responsabilidades en la medida del importe líquido de los bienes cedidos (art. 1.175 CC). Como señala el art. 1.920 CC, de no mediar acuerdo, los acreedores conservarán su derecho para cobrar la parte del crédito no satisfecho con los bienes que pueda adquirir en el futuro el deudor. Y en consecuencia también el exceso, si lo hubiere, correspondería al deudor (Pérez Álvarez, 2000).

8. LA CONDONACIÓN DE LA DEUDA

8.1. Concepto y naturaleza

La condonación o remisión de la deuda es una declaración del acreedor mediante la que manifiesta su voluntad de extinguir total o parcialmente su derecho de crédito, sin recibir a cambio prestación alguna.

El fundamento de la condonación está en el ánimo liberal del acreedor. Sin embargo, como señalan Díez-Picazo y Gullón, este fundamento de mera liberalidad del acreedor puede darse en estado puro, como en el caso de la condonación por *causa donandi,* pero también puede darse en aras de un interés patrimonial del acreedor que instrumentalice la condonación de la deuda, caso de la quita parcial (art. 1.912 CC), o también, de la condonación surgida de un acuerdo transaccional de las partes (art. 1.809 CC) (Orduña Moreno, 1994).

Algún autor estima que la condonación tiene carácter bilateral, ya que para tenga una eficacia plena necesita de la aceptación del deudor, de ahí que el deudor que quiera cumplir con su obligación y vea rechazada su pretensión, puede llevar a cabo la consignación, extinguiendo la obligación por pago y no por condonación (Lasarte, 2007).

8.2. Clases de condonación

Según el art. 1.187 cc, la condonación puede ser expresa o tácita. La condonación tácita debe resultar de un comportamiento inequívoco del acreedor, y no se limita a los casos de presunciones legales de condonación (arts. 1.188 y 1.191 cc) (Orduña Moreno, 1994).

8.3. Régimen de la condonación

Ambas clases de condonación están sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas (art. 1.187-2º), de modo que nadie podrá condonar «más de lo que pueda dar o recibir por testamento» (art. 636). Además, la condonación expresa deberá ajustarse a las formas de la donación (art. 1.187-2º cc) (Orduña Moreno, 1994).

Una cuestión distinta a la condonación tácita la encontramos en las llamadas presunciones de condonación. En estas, pese a no existir unos hechos concluyentes o una conducta indubitada en pro de la condonación de la deuda, el Código dispone su aplicación presuntiva con base a circunstancias de diferente índole (Orduña Moreno, 1994):

A) *La condonación presunta por entrega del documento privado justificativo del crédito.* Se encuentra contemplada en el art. 1.188 cc que establece: «la entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo». Por su parte el art. 1.189 cc puntualiza que «siempre que el documento privado de donde resulte la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, a no ser que se pruebe lo contrario».

B) *La condonación presunta por la devolución de la cosa dada en prenda.* El art. 1.191 cc dispone que «se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorado, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor». Como señalan Díez-Picazo y Gullón (2001), no se trata propiamente de una presunción de remisión o condonación de la deuda, sino más bien de las garantías pignoraticias que la aseguran.

9. LA COMPENSACIÓN

9.1. Concepto y fundamento

La compensación viene configurada como una de las causas de extinción de las obligaciones según dispone el art. 1.156 cc. Su configuración responde a los llamados subrogados del cumplimiento en la medida que provoca la extinción de las obligaciones sin un cumplimiento, propiamente dicho, de la prestación debida. Su función es, por tanto, claramente liberatoria. La compensación tiene como presupuesto material la situación jurídica de dos personas, que por derecho propio, son recíprocamente acreedores y deudores la una de la otra (art. 1.195 cc). A su vez, el art. 1.202 cc establece que el efecto de la compensación consiste en extinguir ambas deudas en la cantidad concurrente de los respectivos créditos (Orduña Moreno, 1994).

La compensación se presenta inicialmente como un mecanismo de simplificación y de economía del cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, al lado de este aspecto, hay que añadir un fundamento jurídico derivado de la buena fe que impone un comportamiento ajustado y ordenado en el cobro y pago de los créditos recíprocos (Orduña Moreno, 1994).

9.2. Clases

La compensación puede ser voluntaria o legal. La primera surge del convenio celebrado por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Este convenio puede celebrarse con anterioridad al nacimiento de las recíprocas obligaciones (contrato de cuenta corriente), o bien, una vez producido su respectivo nacimiento. En cualquier caso, esta clase de compensación no tiene porqué ajustarse a los requisitos de la compensación legal. Esta se produce *ipso jure* en atención a los supuestos normativos y con relación a los efectos en ellas previstos. También se admite doctrinalmente la llamada compensación judicial, que es la que viene ordenada por el juez a instancia de parte interesada. Esta compensación no es retroactiva y opera desde la firmeza de la sentencia (Orduña Moreno, 1994).

9.3. Régimen

La compensación es legal cuando se produce de acuerdo con lo dispuesto en el CC. Sus presupuestos se exigen en el art. 1.196 CC:

1º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea, a su vez, acreedor principal del otro (por «derecho propio», dice el art. 1.195). El artículo 1.197 CC contempla una excepción al permitir que el fiador pueda oponer la compensación de lo que el acreedor debiere al deudor principal cuando le reclama el cumplimiento.

2º Que ambas deudas a compensar consistan en una cantidad de dinero, o que siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y de la misma calidad, si esta se hubiese designado.

3º Que las deudas estén vencidas y sean exigibles. Solo cuando ha llegado el momento del cumplimiento de la obligación se puede operar la compensación legal Orduña Moreno, 1994). En este sentido las SSTS 3 abril 2006 (RJA 1911) y 30 marzo 1988 (RJA 2575).

4º Que sean líquidas. Una deuda es ilíquida si se ignora qué se debe o cuánto se debe (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La jurisprudencia del TS ha mostrado cierta flexibilidad al apreciar la liquidez de las deudas, entendiendo que son líquidas aquellas prestaciones cuyo montante se puede determinar con sencillas operaciones aritméticas (STS 3 julio 1978), no así cuando su liquidación depende de la apreciación de algunos comportamientos (dolo o culpa), o de la valoración de bienes y daños como ocurre con las deudas indemnizatorias (Orduña Moreno, 1994).

5º Que sobre ninguna de ellas haya retención judicial o contienda promovida por terceras personas y notificadas oportunamente al deudor.

La compensación legal, por otra parte, puede venir excluida cuando así lo hayan convenido los interesados, y también cuando alguna de las deudas proviniere de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario (art. 1.200 CC).

9.4. Efectos

La compensación extingue las obligaciones en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores (artículo 1.202 CC). La compensación opera de

manera automática desde el momento en que se producen los requisitos legalmente exigidos. No obstante, su realidad no puede apreciarse de oficio, y deben ser los propios interesados quienes ejerciten dicha facultad (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

9.5. La compensación judicial y voluntaria

La compensación judicial es la ordenada por el juez al establecer en la sentencia que los créditos de las partes se compensen, cuando hasta ese momento no concurrían las circunstancias exigidas por la ley, puesto que por ejemplo un crédito no había podido determinarse (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La compensación voluntaria extinguirá los créditos y las deudas cuando las partes lo hayan dispuesto, aunque no se den los requisitos exigidos por la Ley.

10. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN

Según el artículo 1.156 y la propia rúbrica de los artículos 1.182 y siguientes, entre otras causas, las obligaciones se extinguen por la «pérdida de la cosa debida». Establece el art. 1.182 que: «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando esta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora».

Este supuesto no se refiere única y exclusivamente a las obligaciones de dar, puesto que de acuerdo con el artículo 1.184 cc «también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible».

Por tanto, dado que la imposibilidad de cumplimiento puede afectar tanto a las obligaciones de dar como a las de hacer (y de no hacer) la doctrina jurídica ha acabado por imponer la expresión imposibilidad sobrevenida de la prestación por ser más precisa y correcta que la pérdida de la cosa debida (Lasarte, 2007).

10.1. El carácter sobrevenido de la imposibilidad del cumplimiento

Para la doctrina que la imposibilidad sea sobrevenida significa que el incumplimiento sea posterior al momento de constitución de la obligación, puesto que en el caso de que la prestación fuera inicialmente imposible, de acuerdo con el art. 1.272, viciaría la relación obligatoria por falta de objeto (Lasarte, 2007).

Las circunstancias imposibilitadoras, según el art. 1.182 cc, pueden ser de origen fáctico o jurídico («... resultare legal o físicamente imposible»). La imposibilidad se refiere al objeto de la prestación. El cc en los arts. 1.182 y ss. solo regula la imposibilidad sobrevenida de carácter total (Lasarte, 2007).

10.2. Los presupuestos de su eficacia extintiva

La imposibilidad sobrevenida solo tendrá eficacia extintiva cuando el incumplimiento no sea imputable al deudor, conforme a las reglas generales del incumplimiento:

a) Que la imposibilidad sobrevenida no sea imputable al deudor, es decir, que no exista culpa de este (arts. 1.101 y 1.182).
b) Que la imposibilidad sobrevenida se produzca antes de la constitución en mora del deudor (art. 1.182).
- Que en el caso de las obligaciones de dar la cosa sea específica o determinada, pues en el caso de las cosas genéricas se aplica el principio de que el género nunca desaparece *(genus numquam perit)*. Asimismo la cosa específica no ha de proceder ni delito ni de falta ya que en ese caso se aplicaría el art. 1.185.

11. CONFUSIÓN

11.1. Concepto

La confusión de derechos consiste en la coincidencia de sujeto activo y pasivo de una obligación en una misma persona (Lasarte, 2007). Esta figura aparece recogida en el art. 1.192 cc que establece que: «quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor». El fundamento de la confusión de derechos como causa extintiva de la obligación obedece a un claro presupuesto de lógica jurídica, puesto que nadie puede ostentar un derecho de crédito contra sí mismo (Orduña Moreno, 1994).

Un supuesto de confusión sería el de una empresa azulejera que compra una red de tiendas con las que mantenía relaciones comerciales desde hace años y que le adeudaba varios envíos de mercancía.

11.2. Régimen jurídico

A la hora de aplicar la confusión tienen lugar una serie de situaciones particulares para las cuales el cc prevé soluciones que se apartan de su régimen general:

A) El párrafo segundo del art. 1.192 cc exceptúa la aplicación de la figura de la confusión cuando: «tenga lugar en virtud de título de herencia, si esta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario». Se trata, más bien de un caso de tutela del interés del heredero (Orduña Moreno, 1994).

B) En ocasiones dentro de una obligación con pluralidad de sujetos, solo uno de ellos se beneficia de esta figura. Este es el caso del art. 1.194 cc dispone que: «la confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la proporción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurran los dos conceptos». En el caso de que las obligaciones fueran solidarias habría que aplicar el régimen relativo a la confusión en las obligaciones solidarias se encuentra contemplado en el art. 1.143 cc (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

> La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación.

C) En el caso de existir obligaciones accesorias, la extinción de la obligación principal por confusión conlleva la extinción de aquellas (art. 1.193).

LECTURAS RECOMENDADAS

Cristóbal Montes, A.: «Los subrogados del pago», rcdi, 1988, pág. 51.

Tema 4
Extinción de las obligaciones (II) Novación y modificación

1. LA MODIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

1.1. Concepto de modificación

La obligación nace para ser cumplida, para extinguirse a través del cumplimiento, lo que supone, en palabras de Lacruz, que la vida de la obligación sea caduca, pero además ha de ser inmutable, lo que supone que la obligación se cumple o extingue de igual modo en que ha sido constituida (idéntica, íntegra e indivisible).

No obstante, en ocasiones entre el nacimiento y la extinción de la obligación se pueden producir vicisitudes que implican cambios o modificaciones en la misma. Estas modificaciones de la obligación pueden establecerse por voluntad de las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad o por derivarse de la ley (Martínez de Aguirre, 2000).

1.2. Clases de modificación

La doctrina contempla dos supuestos de modificación de las obligaciones (Lasarte, 2007):

1. La modificación subjetiva por el cambio de alguno de los sujetos de la relación obligatoria. No solo se refiere a la sustitución de los sujetos por otros diferentes sino también: la agregación o supresión de sujetos, la alteración de su régimen jurídico, pasando de solidarios a mancomunados o viceversa.

Los supuestos más frecuentes de modificación son los siguientes:

A) Cambio de deudor o transmisión de deuda, ya que el deudor ocupa el lado pasivo de la relación obligatoria.
B) Cambio de acreedor o transmisión del crédito.

La transmisión de deuda o sustitución del deudor es admitida con mayores recelos que la transmisión del crédito, ya que el interés del acreedor podría verse burlado con facilidad si el cambio de deudor (sustitución por un insolvente) se pudiese realizar sin su consentimiento. Por el contrario, la transmisión del crédito, como regla general, puede llevarse a cabo sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor (porque este habrá de cumplir cuanto debe, independientemente de quien sea el acreedor); en cualquiera de sus formas: cesión del crédito o subrogación en el crédito (Lasarte, 2007).

2. A las restantes modificaciones por exclusión, se les denomina modificaciones objetivas. Estas a su vez, según Díez-Picazo y Gullón (2001), pueden ser:

a) *Objetivas*, en el sentido de afectar al objeto de la obligación (se acuerda extender la compra a tres mil mesas, en vez de cien).
b) *Circunstanciales* por afectar solo a las prestaciones accesorias de la obligación o de su ejecución como el tiempo, lugar, etc. (v. gr. se concede al deudor un mes más de plazo para cumplir la obligación).
c) *Funcionales*, el cambio altera la función económica de la obligación tal como fue programada por las partes (las partes pactan que la cantidad adeudada como precio pase a ser considerada como préstamo).
d) *Del contenido de la obligación*, mediante la supresión, agregación o alteración de las reglas que la rigen.

Por lo general, las modificaciones objetivas no suelen presentar problemas prácticos de importancia, ya que requieren el consentimiento de los sujetos de la obligación (recuérdese el requisito de la exactitud de la prestación). Por el contrario, las modificaciones de carácter subjetivo suscitan numerosos problemas.

1.3. Diferencia entre extinción y modificación

Admitida la posibilidad de introducir alteraciones y modificaciones en la relación obligatoria, otra cuestión es determinar si la alteración de una relación obligatoria implica la creación de una nueva obligación que sustituya a la anterior (extinción) o si por el contrario es posible la supervivencia de la obligación antigua, con su mismo régimen jurídico (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La doctrina se refiere a los supuestos anteriores como supuestos de novación extintiva (o simplemente novación) o novación modificativa (o simplemente modificación).

La cuestión tiene gran importancia práctica. En el caso de la modificación (o novación modificativa) se mantiene el régimen jurídico de la obligación inicial, subsistiendo las garantías que aseguraban su cumplimiento, y además sigue corriendo la prescripción del crédito (Martínez de Aguirre, 2000). En el supuesto de la novación (o novación extintiva) la obligación primitiva es sustituida por una nueva obligación, de modo que las garantías desaparecerán junto con la obligación inicial y, además, empezará un nuevo plazo de prescripción puesto que estamos ante una nueva obligación (Martínez de Aguirre, 2001).

1.4. Fuentes legales de la modificación

El cc regula la modificación y extinción de las obligaciones de modo incompleto y desordenado, en los siguientes apartados (Martínez de Aguirre, 2001):

a) El Capítulo IV del Título I del Libro IV del cc se ocupa de la extinción de las obligaciones, pero al tratar la novación (arts. 1.203 y ss.) mezcla constantemente los conceptos de modificación y extinción de las obligaciones.
b) El cc trata la modificación por cambio de acreedor en dos ámbitos diferentes: al regular la cesión de créditos (arts. 1.526 y ss.) dentro del contrato de compraventa y al referirse al cambio de acreedor (arts. 1.209 a 1.213) en sede de novación de las obligaciones.
c) La mayoría de modificaciones de las obligaciones tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255).

2. LA NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

2.1. Concepto y clases

La novación tiene su origen en el Derecho romano y consistía en la sustitución de una obligación antigua, que se extingue, por otra nueva. El Código regula la novación en el art. 1.156 cc al configurarla como una de las causas de extinción de las obligaciones; asimismo se vuelve a contemplar esta figura en los arts. 1.204 y 1.207 cc (Martínez de Aguirre, 2001). Si bien, como ya hemos referido, estos preceptos aparecen entremezclados con otros (arts. 1.203 a 1.213) que se refieren al modificación de las obligaciones (o novación modificativa).

A) La novación propia o extintiva tiene lugar cuando la modificación de alguno de los elementos de la obligación determina la extinción de la relación obligatoria preexistente y su sustitución por la nueva (Martínez de Aguirre, 2000).

A la novación extintiva se refiere el art. 1.156, cuando considera que la obligación se extingue a causa de la novación y los arts. 1204 y 1.207.

El artículo 1204 cc establece que: «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

Este precepto es la clave para determinar si una alteración de la obligación tiene efectos extintivos, puesto que en él se establecen como criterios para la determinación del carácter extintivo: *a*) la voluntad de las partes, manifestada expresamente, y *b*) la total incompatibilidad objetiva entre la antigua y la nueva obligación. En caso de duda, deberá estarse por la conservación de la antigua relación obligatoria, pero modificada (Orduña Moreno, 1994).

En sentido contrario, cuando no se producen los efectos del art. 1.204, la novación será modificativa

A la novación extintiva también se refiere el art. 1.207 cc al matizar el alcance del efecto extintivo de la novación en los siguientes términos: «cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento». El precepto, por tanto, no afecta a los derechos de garantía que se extinguen con la obligación principal, solo a los derechos accesorios.

B) La novación impropia o modificativa tiene lugar cuando la alteración de alguno de los elementos de la obligación no la extingue, de modo que la obligación primitiva subsiste, pero modificada (Martínez de Aguirre, 2000).

A la novación modificativa se refieren el art. 1.203 y los arts. 1.209 y siguientes cuando regulan la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor.

El art. 1.203 establece que: «Las obligaciones pueden modificarse: 1º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2º Sustituyendo la persona del deudor. 3 º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor».

Los arts. 1.209 y siguientes regulan en sede de novación, la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor. En este caso hay que entender que la obligación subsiste y no se ha extinguido, puesto que el nuevo acreedor ostenta la titularidad de los mismos derechos que correspondían al acreedor inicial (Martínez de Aguirre, 2000).

El que la modificación de una obligación se refiera a los sujetos (modificación subjetiva) o al contenido de la obligación (modificación objetiva) no presupone que la modificación sea extintiva o meramente modificativa. Para establecer si la novación es modificativa o no, habrá que estar a lo establecido en el art. 1.204 y a los criterios jurisprudenciales (Martínez de Aguirre, 2000).

2.2. La novación en la jurisprudencia

La doctrina del TS respecto a la novación puede concretarse en los siguientes términos (Martínez de Aguirre, 2000).

1) La novación no se presume nunca, sino que debe de constar inequívocamente la voluntad de novar.
2) Para distinguir entre novación extintiva o modificativa habrá que estar a la voluntad de las partes, como a la significación económica de la novación.

La novación extintiva se configura como excepcional respecto de la modificativa prevista en los arts. 1.203, 1.204 y 1.207 CC (STS 23 julio 1991), ya que la novación no se presume nunca y debe constar de forma expresa; y debe existir y demostrarse la existencia del *animus novandi,* como requisito esencial para la novación, si bien el mismo puede manifestarse de forma tácita, cuando la obligación que sustituya a la antigua sea de todo punto incompatible con ella, contrariándola abiertamente (STS 3 marzo 1976).

La STS 9 marzo 2005 (RJA 2223) establece que: «la novación no siempre ha de producir un efecto extintivo de las obligaciones a que afecta, pudiendo tener carácter o eficacia simplemente modificativa. La distinción entre una y otra especie ha de hacerse teniendo en cuenta la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación; constituyendo tal decisión una cuestión que compete a los Tribunales de instancia (sentencias de 14 de mayo de 2002 [RJ 4440] y 23 de mayo de 2000 [RJ 3917], entre otras).

La SAP Madrid (Sección 9ª) de 12 febrero 2001 (JUR 207049), en un caso de duda sobre si un nuevo contrato suscrito entre las partes, en 1994, sustituía al anterior que estaba sujeto al TR-LAU/64 mucho más beneficioso para el actor. La extinción del antiguo hubiera supuesto que al nuevo se le aplicase la nueva LAU/94 y en consecuencia no se le aplicase la «prórroga forzosa» del primer texto legal.

La Audiencia desestima esta posibilidad y, siguiendo otras sentencias dictadas por esa misma sección –de fecha 22 de febrero, 26 de abril de 1993 y seis de febrero de 1998– señala que: «... la regla general será la novación modificativa, salvo que en la redacción del nuevo contrato se advierta una alteración sustancial de las circunstancias que presidieron el primero, que favoreciendo a la parte arrendataria, justifique por esta nueva limitación temporal, o cuando tal renuncia consta de una manera clara, expresa y terminante en el nuevo convenio».

3. LA TRANSMISIÓN DEL CRÉDITO. EL CAMBIO DE ACREEDOR

La regla de la transmisibilidad de los derechos de crédito constituye un principio fundamental del Derecho patrimonial que está formulado legalmente en el artículo 1.112 del Código Civil (Lasarte, 2007): «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario».

Este principio instala como regla general la posibilidad de modificar (novación modificativa) la obligación por cambio de acreedor sin necesitar el consentimiento del deudor. Este cambio de acreedor también puede producir efectos extintivos, pero únicamente si concurre el consentimiento de los acreedores, el nuevo y el antiguo, así como el consentimiento del deudor (Martínez de Aguirre, 2000).

En el Derecho privado la transmisión del crédito, de la titularidad activa de la relación obligatoria, tiene una extraordinaria importancia práctica: por ejemplo, habitualmente se realizan múltiples operaciones de descuento bancario de letras de cambio.

La regla general de transmisibilidad del crédito, sin embargo, presenta las siguientes excepciones:

1. En primer lugar, el artículo 1.112 es una norma de carácter dispositivo y, por tanto, las partes pueden pactar la intransmisibilidad de un crédito.
2. De forma general, y por principio, son intransmisibles los derechos personalísimos derivados de una relación obligatoria cualquiera (precisamente por el hecho de que esta se estableció con particular atención a los sujetos de la misma: derecho a cobrar una pensión de viudedad; derecho a una actuación artística, etc.).
3. Determinados créditos no pueden transmitirse por prohibición legal, este es el caso del derecho de alimentos (art. 151 CC), o el de las personas que ocupan ciertas funciones públicas en relación con el crédito de que se trate, este sería el caso de las personas mencionadas en el art. 1.459.

La transmisión del crédito puede ser a título universal (todos los créditos de una persona), este es el caso de la sucesión hereditaria (art. 659) o a título particular (créditos individuales).

En el CC la transmisión del crédito a título particular, lo que conlleva al cambio de acreedor, se produce a través de dos figuras estrechamente relacionadas: la *cesión de créditos* (arts. 1.526 y ss.) la *subrogación en el crédito* (arts. 1.203.3 y 1.209 y ss.) (Martínez de Aguirre, 2000).

4. LA CESIÓN DEL CRÉDITO

4.1. Concepto

La cesión del crédito es la transmisión por el acreedor de la titularidad de su derecho de crédito a otra persona (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

> Este es el caso en el que una empresa (A) transmite su derecho de crédito frente a un cliente (B), que tiene su origen en el impago de mercancías, a una compañía de cobro de créditos a morosos (C). De modo que la primitiva obligación que respondía al esquema A-B ha sido modificada, desapareciendo A que es sustituido por C; por lo que el esquema resultante es C-B.

La cesión consiste en la transmisión de un derecho de crédito que es consecuencia de un negocio jurídico precedente, el convenio causal, del que aquella no puede ser separado (Martínez de Aguirre, 2000). La cesión del crédito puede producirse a través de los siguientes negocios jurídicos: compraventa, permuta, actos de liberalidad típicos (un legado o una donación), créditos con finalidad solutoria, es decir, en pago de una obligación preexistente, de modo parecido a lo que sucede con la dación en pago y el pago por cesión de bienes (Lasarte, 2007).

«La cesión del crédito produce la subrogación del acreedor cesionario (C) en la posición jurídica del acreedor cedente (A), ostentando en adelante la titularidad del crédito en las mismas condiciones que tenía el acreedor originario» (Martínez de Aguirre, 2000).

La cesión puede realizarse a título oneroso o gratuito, dependiendo del negocio causal que dé lugar a la misma. En las obligaciones divisibles también cabe la cesión parcial del crédito (Martínez de Aguirre, 2000).

4.2. Fuentes legales

El Código Civil, según Díez-Picazo y Gullón (2001), regula la cesión de créditos como un apéndice del contrato de compraventa en los artículos 1.526 y siguientes, bajo la rúbrica «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales». Según Martínez de Aguirre, las reglas allí comprendidas son aplicables, con carácter general, a cualquier tipo de cesión con independencia de su causa justificativa o negocio causal (compraventa, donación, etc.). Se exceptúan las reglas de responsabilidad del cedente que solo se aplicarán a las cesiones onerosas (arts. 1.529 y 1.539) ya que en el caso de las cesiones a título gratuito se aplicará lo previsto en el art. 638 cc.

4.3. Sujetos

Los sujetos de la cesión del crédito son el cedente (el acreedor originario) y el cesionario (el nuevo acreedor). El deudor cedido no es parte del negocio de cesión por no ser necesario su consentimiento para la transmisión del crédito (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Es decir, que la cesión del crédito es una facultad del acreedor que puede ejercitar por sí mismo y por propia iniciativa, con independencia de la voluntad del deudor. El acreedor puede disponer de su crédito aun cuando el deudor no lo sepa o no lo consienta (Lasarte, 2007).

En las empresas que se dedican a cobrar créditos a morosos tenemos un buen ejemplo, cuando un acreedor ve difícil el cobro de un crédito lo cede (vende) a estos «cobradores» a un precio muy inferior al real sin contar con la autorización del deudor (incluso a pesar de su oposición).

4.4. Objeto de la cesión

El objeto de la cesión puede ser todo derecho que sea transmisible (art. 1.112 cc), salvo que la ley o las partes dispusieren lo contrario (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El art. 1.529 cc establece que la «venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio». Como quiera que esta norma es de derecho dispositivo, las partes pueden excluir la cesión de alguna garantía o las prestaciones accesorias.

4.5. Régimen jurídico de la cesión del crédito

La cesión de créditos plantea las siguientes cuestiones:

a) *La forma de la cesión.* En general, el contrato o negocio de cesión puede realizarse eficazmente conforme al principio de libertad de forma contractual. No obstante, conviene observar que dicha regla encuentra numerosas excepciones de gran importancia práctica (cesión de títulos valores, que tienen especiales requisitos de forma; cesión del crédito hipotecario, que ha de constar en escritura pública y ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad etc.), como cabe deducir del contenido del artículo 1.280-6º: «Deberán constar en documento público [...] la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública» (Lasarte, 2007).

b) *Relación entre cedente y cesionario.* Salvo en los supuestos de intransmisibilidad, el acreedor puede libremente disponer de su derecho en favor del cesionario (a título de compraventa, donación, pago por cesión, etc.). Por tanto, la validez de la cesión depende únicamente de que cedente y cesionario (el que libremente elija el cedente) lleven a cabo un negocio jurídico cualquiera (Lasarte, 2007).

c) *Conocimiento de la cesión por el deudor: relación entre deudor cedido y cesionario.* Si bien la cesión del crédito es válida con el simple consentimiento entre cedente y cesionario, habrá que informar de la misma al deudor para que pueda sentirse vinculado al cesionario. Por ello dispone el artículo 1.527 que «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor (cedente), quedará libre de la obligación».

Dicha regla, no supone que la perfección del negocio de cesión requiera la notificación al deudor en términos técnicos. Pero es evidente que al cesionario le conviene poner en conocimiento del deudor la cesión realizada a la mayor brevedad posible. De hecho, en la práctica, se documenta la cesión con intervención del deudor, el cual, en adelante, queda vinculado en exclusiva con el cesionario (Lasarte, 2007).

Una excepción al régimen de la cesión la encontramos en los créditos hipotecarios, ya que el art. 149 lh sí que exige que se dé conocimiento de la cesión al deudor (Martínez de Aguirre, 2000).

d) *La responsabilidad del cedente frente al cesionario.*

La existencia de responsabilidad depende del carácter gratuito u oneroso de la cesión. No hay responsabilidad en los casos de cesión gratuita, al ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 638, en cuya virtud el donante-cedente (y, en general, cualquier cedente a título gratuito), no incurrirá en responsabilidad alguna en el caso de que el crédito fuera incobrable (Lasarte, 2007).

Sí que existe responsabilidad en las cesiones de carácter oneroso, según se desprende de los artículos 1.529 y 1.530 cc en los que se establece el Código el régimen de responsabilidad del acreedor cedente frente al cesionario (Lasarte, 2007). Para determinar la responsabilidad del cedente a título oneroso distingue el artículo 1.529 entre «vendedor» de buena y de mala fe. Sería cedente de mala fe, por ejemplo, quien cede conscientemente un crédito que sabe prescrito; o quien, por informes comerciales o de abogados, conoce la próxima suspensión de pagos del deudor y se apresura a enajenar los créditos que tiene contra él (Lasarte, 2007).

El cedente de mala fe «responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios (art. 1.529-3). Es decir, que responde tanto de la existencia y legitimidad del crédito, como de la solvencia del deudor (Martínez de Aguirre, 2000).

El cedente de buena fe solo responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta o cesión, pero no de la solvencia del deudor (art. 1.529-1).

No obstante, según Lasarte (2007) la responsabilidad del cedente de buena fe puede verse:

a) Atenuada. Cuando cede el crédito como dudoso (o de dudoso cobro). En tal caso, al haber advertido al cesionario, no habrá de responder ni siquiera de la existencia y legitimidad del crédito.
b) Agravada. Respondiendo incluso de la solvencia del deudor cuando se haya pactado que el cedente se haga responsable de la solvencia del deudor (durante un plazo que en caso de haberse omitido el art. 1.530 cc establece en un año).

4.6. Excepciones del deudor contra el cesionario

El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones objetivas, es decir, aquellas que se derivan del propio derecho de crédito (prescripción, pago, etc.) que pudiera oponer al primitivo acreedor. De modo que el deudor ante la reclamación del actual titular del crédito, podría oponer incluso las excepciones que se derivan del contrato bilateral como el incumplimiento del cedente, o cumplimiento defectuoso, etc. (Díez-Picazo y Gullón, 2001)

En el caso de las excepciones subjetivas o personales, es decir, aquellas que están ligadas a las personas del deudor y el acreedor originario, solo podrán oponerse al cesionario si el deudor desconocía o se opuso a la cesión. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 1.198 cc para la compensación en caso de cesión de créditos.

4.7. Efectos de la cesión

Como regla general el acuerdo de cesión produce la inmediata transmisión del crédito cedido, sin que sea preciso completarlo con un acto especial de entrega (Martínez de Aguirre, 2000). No hay que olvidar para la transmisión de la propiedad nuestro sistema exige un doble requisito: la concurrencia del título y el modo.

La cesión del crédito es una simple novación modificativa de la obligación preexistente, ni que decir tiene que esta continúa subsistiendo conforme a su estado anterior: el derecho de crédito pervive o sobrevive de forma exactamente igual a la que tenía antes del cambio de acreedor. El cesionario se encuentra en la misma posición en que se encontraba el cedente y contará con las mismas garantías y derechos accesorios inherentes al crédito originario. El Código Civil formula dicha regla en el artículo 1.528: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio».

Como vemos, el Código no se refiere para nada al valor o importe nominal del crédito pero el cesionario puede reclamar al deudor el importe íntegro del crédito, aunque lo haya adquirido a título oneroso por un precio menor. A esta conclusión se llega interpretando en sentido contrario lo establecido en el art. 1.535 cc para el caso de cesión de créditos litigiosos (Lasarte, 2007).

5. LA SUBROGACIÓN EN EL CRÉDITO. EL PAGO CON SUBROGACIÓN

5.1. Concepto

La subrogación en el crédito supone la entrada de un nuevo acreedor en lugar del antiguo, el efecto de la subrogación –en principio– es modificativo, por lo que la obligación permanecerá invariada (Martínez de Aguirre, 2000). La subrogación es la denominación genérica de un efecto jurídico (la sustitución de un acreedor por otro) que puede tener varios orígenes: voluntario, como sucede en el caso de la cesión de créditos y legal en el supuesto del pago por tercero.

La expresión subrogarse significa suceder a otra persona en una determinada situación jurídica; el cc también utiliza la expresión subrogación real, cuando un bien sucede a otro, tal como sucede en el régimen económico del matrimonio: el dinero procedente de la venta de un bien privativo sigue aquella condición de privativo (Lasarte, 2007).

La subrogación, al igual que la cesión de crédito, supone una modificación en la relación obligatoria, ya que según el art. 1.212, transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

5.2. Regulación legal

El cc se refiere a la subrogación con carácter general en el art. 1.203-3º («Las obligaciones pueden modificarse: [...] 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor»).

La regulación de esta figura se efectúa en los arts. 1.209 y siguientes, dentro de los cuales hay que distinguir:

a) Preceptos aplicables a todos los supuestos de subrogación (arts. 1.209 y 1.212).
b) Artículos destinados a regular un caso concreto de subrogación: la subrogación por pago (arts. 1.210. 1211. y 1.213), que ha de ser integrados por las previsiones de los arts. 1.158 y 1.159 sobre el pago por tercero (Martínez de Aguirre, 2000).

5.3. Clases de subrogación

La subrogación legal es la que se produce de forma automática (*ope legis*) al producirse el supuesto de hecho previsto en la norma. Es convencional cuando procede de un acuerdo entre acreedor y subrogado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La existencia de ambas clases de subrogación se deduce del art. 1.209 cc: «La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código [subrogación legal]. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto [subrogación convencional]».

a) La subrogación legal

La subrogación legal tiene lugar en los supuestos expresamente mencionados en el cc, tal como señala el art. 1.209 y en los contemplados por las leyes especiales. En el cc podemos encontrar los siguientes supuestos de subrogación legal: así en sede de fianza, los casos de los arts. 1.839 y 1.852. La subrogación del donatario (art. 638), la del legatario (art. 867) la del coheredero (art. 1.067), o el caso de la acción subrogatoria (art. 1.111 cc). También es una subrogación legal el caso de la «presunción de subrogación» del art. 1.210 cc, si bien en ese caso no se establece directamente la subrogación sino que se presume. Fuera del cc, podemos encontrarnos con el caso del art. 43 lcs.

b) La subrogación convencional

Este es el caso de la subrogación cuyo origen está en el pacto, como sucede con la «cesión de créditos» o en los casos de «pago por tercero» no incluidos en el art. 1.210 cc.

5.4. La subrogación por pago

5.4.1. Subrogación por pago de origen legal

La subrogación por pago es una modalidad de subrogación consistente en que quien paga una deuda ajena, queda subrogado en los derechos que tenía el acreedor satisfecho frente al deudor, sin necesidad del consentimiento ni del deudor ni del acreedor que recibe el pago. Todo ello siempre que concurran los requisitos del art. 1.210 (Martínez de Aguirre, 2000).

El artículo 1.210 cc presume que existe subrogación en los supuestos siguientes:

1. «Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente»: así, por ejemplo, para evitar que la finca se saque a subasta, el segundo acreedor hipotecario paga al primero.
2. «Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor»: el tercero interviene en el cumplimiento consintiéndolo el deudor.
3. «Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación (vgr. el fiador subsidiario), salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda» (art. 1.210-3º).

   Ej. El subarrendatario que paga al propietario la renta debida por el arrendatario para evitar el desahucio. El tercero poseedor de la finca hipotecada que paga la obligación garantizada con la hipoteca.

En la subrogación legal no se exige la notificación de la subrogación al acreedor, pero para que surta efectos frente a este debe ser conocida (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El art. 1.210 cc debe ser complementado por los arts. 1.158 y 1.159 que regulan el pago por tercero (Martínez de Aguirre, 2000).

Un supuesto particular de subrogación legal se contempla en el artículo 1.211 cc: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

Una aplicación práctica de este precepto la tenemos en la Ley 2/1994, de 30 de marzo de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que permite a los deudores hipotecarios se beneficien de las progresivas rebajas que han experimentado las hipotecas en nuestro país. Es posible cancelar la hipoteca con el dinero procedente de un nuevo crédito hipotecario procedente de otro banco, sin necesidad del consentimiento del primero y sin generar nuevos gastos (honorarios notariales de cancelación de hipoteca, comisiones bancarias de cancelación anticipada, etc.).

5.4.2. La subrogación por pago de origen voluntario o convencional

Hay subrogación convencional en aquellos supuestos en que un tercero paga una deuda ajena, pero no concurre ninguna de las circunstancias de la subrogación legal por pago ex art. 1.210 cc (Martínez de Aguirre, 2000).

En la subrogación por pago de origen voluntario son el *solvens* y el acreedor quienes llegan a tal acuerdo. Para que la subrogación convencional tenga lugar, según Lasarte se requiere:

1. Que se establezca con claridad (art. 1.209-2º) y ha de ser anterior al pago, nunca posterior.
2. Que el *solvens* haya realizado el pago o cumplimiento de la obligación con conocimiento del deudor (arts. 1.158 y 1.159). Esta es una de las diferencias entre la subrogación convencional y la cesión.

En este caso el único efecto a favor del tercero es la acción de reembolso ex art. 1.158 CC.

5.5. Efectos del pago con subrogación

Las consecuencias inherentes a la subrogación (en cualquiera de sus modalidades) son las mismas de la cesión de créditos: el mantenimiento del crédito tal y como se encontraba en el patrimonio del acreedor (Lasarte, 2007). Tales efectos los establece el artículo 1.212 CC: «La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas».

5.6. Diferencias entre subrogación y cesión

Las diferencias entre subrogación y cesión, según Martínez de Aguirre (2000), son las siguientes:

a) Por su distinta *función*, la cesión es el cauce idóneo para facilitar la circulación del crédito, como un bien susceptible de tráfico jurídico; la subrogación por pago realiza la función de recuperar por vía de regreso lo pagado por un tercero al acreedor satisfecho.
b) Por sus distintos *presupuestos*, la cesión requiere un convenio causal previo compraventa, donación, permuta, etc.; la subrogación requiere únicamente del pago al acreedor primitivo.

6. LOS CAMBIOS DE DEUDOR: LA ASUNCIÓN DE DEUDAS

El fenómeno contrapuesto a la transmisión del crédito (cesión y subrogación) es la transmisión de deuda, en la que sin necesidad de extinguir la relación obligatoria originaria: el nuevo deudor ocupará la posición o situación detentada por el deudor primitivo (Lasarte, 2007).

La asunción de deudas no aparece regulada de modo genérico en el CC, si bien algunas de sus manifestaciones aparecen recogidas en algunos preceptos del mismo (Martínez de Aguirre, 2000). Este es el caso de los arts. 1.203.2 («Las obligaciones pueden modificarse: [...] 2. Sustituyendo la persona del deudor»); 1.205 («La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor») y 1.206 CC («La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de este contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda»).

Las modificaciones en el lado pasivo de la obligación son extraordinariamente más complejas que la correlativa (y contrapuesta) transmisión del crédito. Además, la sustitución de un deudor por otro incumbe fundamentalmente al acreedor.

En efecto, en cualquier tipo o clase de relación obligatoria (no solo en las denominadas de hacer o, en general, en las personalísimas), la identificación o identidad de la persona del deudor

es de fundamental importancia para el acreedor, a quien no será indiferente la capacidad de cumplimiento o solvencia del hipotético nuevo deudor (supongamos que una persona pretende transmitir una deuda a otra para eximirse del cumplimiento, ya que este es insolvente, parado y sin bienes).

Por tanto, en materia de transmisión de deudas, es fundamental que la sustitución del deudor originario se lleve a cabo con consentimiento del acreedor, para que aquel pueda decirse liberado del cumplimiento de la obligación (que, a partir de ahora, corresponderá al nuevo deudor). En tal sentido, expresa el artículo 1.205 que la sustitución de «un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor».

El Código Civil parte de la base de que la verdadera transmisión de deudas (o asunción de deudas) consiste en la liberación del deudor primitivo y la aparición de un nuevo deudor. Por ello afirma el artículo 1.206-1º que «la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de este contra el deudor primitivo».

Una figura muy cercana a la asunción de deudas es el pago de deuda ajena por tercero sin asunción del vínculo obligacional, pero en este caso como quiera que este no asume el vínculo ni frente al acreedor ni frente al primitivo acreedor resulta que nos encontramos ante un caso de pago por terceros que está sometido a sus propias reglas (Martínez de Aguirre, 2000).

6.1. Formas de transmisión de la deuda

La modificación del lado pasivo de la obligación puede producirse:

a) Por asunción cumulativa. En este caso, sin quedar liberado el primitivo deudor, un nuevo deudor asume –también y juntamente con el primitivo– la deuda (supuesto denominado, por lo general, *asunción cumulativa* de deuda, puesto que el nuevo deudor se acumula al antiguo que no queda liberado de su responsabilidad) (Martínez de Aguirre, 2000).

Para algún autor en la asunción cumulativa, al no desaparecer el primitivo deudor de la obligación, no se produce una verdadera asunción de deuda puesto que aquella presupone necesariamente el cambio de deudor (Lasarte, 2007).

b) Por asunción liberatoria. En este caso el primitivo deudor es sustituido por uno nuevo, de modo que el primero queda desligado de la obligación siendo relevado por el nuevo. La denominación liberatoria proviene del hecho de que el originario deudor queda liberado de la obligación. En este caso sí que existe una verdadera transmisión de deuda (Martínez de Aguirre, 2000).

6.2. La expromisión y la delegación de deuda

Aunque el Código Civil no se refiere de forma expresa a tales figuras, la doctrina estima que el cambio de deudor propiamente dicho puede llevarse a cabo mediante *expromisión y delegación.* Ambas formas de transmisión de las deudas son esquemas conceptuales inspirados en el Derecho romano y recreados por la doctrina alemana del pasado siglo (Lasarte, 2007).

a) La *expromisión* consistiría en un pacto o acuerdo entre el acreedor y un tercero, el nuevo deudor, que se sitúa como sujeto pasivo de la relación obligatoria. No hay intervención del deudor primitivo. La expromisión puede ser cumulativa o liberatoria (liberando o no según el caso de la obligación correspondiente al deudor primitivo) (Martínez de Aguirre, 2000).

La expromisión presupone por principio el consentimiento del acreedor; siendo, por el contrario, intrascendente el conocimiento (y, con mayor razón, el consentimiento) del deudor primitivo: cfr. artículo 1.205.

Un ejemplo sería el del padre que pacta directamente con el acreedor hacerse cargo de la deuda contraída por su hijo, sin haberse enterado este último. El acuerdo ha sido solo a dos bandas.

b) La delegación («... al delegar su deuda», dice el art. 1.206 *in fine),* consiste en el cambio de deudor tiene lugar a consecuencia de un acuerdo entre el deudor primitivo y el nuevo deudor, que se coloca en posición de sujeto pasivo de la relación obligatoria, liberando de la misma al deudor originario. La delegación requiere también, de forma inexcusable, el consentimiento del acreedor, si bien este puede prestarse *a posteriori,* de forma expresa o tácita, etc. (Lasarte, 2007).

En este caso la negociación es a tres bandas, padre e hijo pactan directamente con el acreedor que el primero de ellos asume las deudas contraídas por su hijo.

6.3. Efectos de la transmisión de deuda

La doctrina admite que pese a la inspiración romanista del Código Civil español, no son extraños a nuestro sistema jurídico los supuestos de cambio de deudor sin consecuencias extintivas (modificando solamente) sobre la relación obligatoria preexistente (Lasarte, 2007).

En consecuencia, el cambio de deudor puede plantearse como una novación modificativa (lo que no excluye que, en otros casos, se realice una verdadera novación extintiva: sustitución de una obligación por otra nueva o causa del cambio de deudor). Sin embargo, la peculiar complejidad de la transmisión de deudas arroja el resultado de que, aun en el caso de novación modificativa por cambio de deudor, la conservación de las garantías y obligaciones accesorias de la obligación principal originaria no constituya la regla general.

En efecto, del artículo 1.207 cabe deducir que las garantías y accesorios de la obligación principal –pese a la continuidad de la relación obligatoria–, se extinguirán a consecuencia del cambio de deudor, en contra de cuanto ocurre en el supuesto de cesión de créditos: «... solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento» a la transmisión de la deuda.

7. LA CESIÓN DEL CONTRATO

Además del crédito aisladamente considerado (y, con mayor dificultad, la deuda) también puede ser objeto de transmisión la posición contractual que una persona ocupe en un determinado contrato.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del comprador de un piso en construcción que cede su posición contractual, como comprador, a otra persona; o en el supuesto de un contrato de suministro, etc.

La cesión del contrato es sumamente frecuente en la práctica comercial de nuestros días. El Código Civil, sin embargo, no dedica norma alguna a la cuestión que, no obstante, resulta plenamente admisible a la luz de la jurisprudencia y conforme al principio general del artículo 1.255 del Código Civil (Lasarte, 2007).

Un ejemplo es el traspaso de local de negocio previsto en la LAU/1964, en la que el arrendatario antes de expirar su contrato cedía su posición contractual a otra persona hasta la expiración de su contrato.

Para que pueda darse la cesión del contrato se requiere fundamentalmente:

1. Que se trate de contratos bilaterales, cuyas recíprocas prestaciones no hayan sido totalmente ejecutadas (si el comprador del piso ya es dueño de él, no podrá «ceder» el contrato de compraventa porque estará consumado, sino que tendrá que ceder el piso.

2. Que la otra parte del contrato (contratante cedido) acceda o consienta la cesión. Exigencia lógica, incluso en el caso de que no se trate de contratos que generen obligaciones de hacer o personalísimas, ya que nadie está obligado a contratar con persona diferente a aquella con quien lo hizo.

Como regla general, la cesión del contrato conlleva la liberación o desvinculación del cedente, que en adelante no queda obligado respecto del contratante cedido (la otra parte). No obstante, cabe el pacto en contrario y, en la práctica, no es extraño que, en forma subsidiaria, el cedente quede obligado durante un cierto tiempo a responder en caso de que el cesionario incumpla las obligaciones que le incumban.

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Novación

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La novación extintiva por cambio de objeto,* Granada, Comares, 1999.

2. Subrogación

FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español,* Granada, Comares, 1999.

GALICIA AIZPURÚA, G.: *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

3. Cesión de créditos

AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La cesión de los créditos hipotecarios» en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. A. CABANILLAS SÁNCHEZ), Vol. 3, *Derecho civil, Derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 3447-3472.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La cesión de créditos: sistema español de cesión de créditos: (formación, sistema traslativo y protección del deudor),* Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: «Cesión de créditos», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos,* (coords. C. VATTIER FUENZALIDA, J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, J. M. A. CABALLERO LOZANO), Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2003, págs. 481-506.

Tema 5
El incumplimiento de las obligaciones

1. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

1.1. Efectos de la obligación

Toda obligación se propone el sometimiento del deudor al cumplimiento de la prestación que constituye su objeto (Castán, 1992). La obligación tendrá que cumplirse de acuerdo al programa de la obligación (o a la reglamentación contractual desde el punto de vista del contrato).

La reglamentación contractual está integrada por la voluntad expresa de las partes y por otras reglas que no tienen su origen en aquella voluntad, tal como señala el art. 1.258 cuando establece que: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». De modo que la exacta y completa ejecución de la obligación supone: *a*) que las partes han de cumplimiento los pactos que hayan introducido expresamente; *b*) han respetar las consecuencias conformes a la ley, lo que supone que se han de cumplir los requisitos del exacto cumplimiento de la obligación (identidad, integridad e indivisibilidad), así como las circunstancias de lugar y tiempo de la obligación; *c*) también formará parte del programa de la obligación «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso».

Así pues, el cumplimiento de la obligación, supone la exacta y completa ejecución de la prestación por parte del deudor (pago o *solutio*) y comportará la extinción de la relación obligatoria de acuerdo con el art. 1.156 cc (Castán, 1992). Cuando la obligación ha sido cumplida por el deudor de modo exacto al pactado se dice que su cumplimiento ha sido voluntario o normal. Por el contrario, cuando ante una situación de incumplimiento el acreedor se ha visto obligado a acudir a los tribunales, para que estos compelan al deudor a cumplir con su prestación, nos encontramos ante una ejecución forzosa, involuntaria o anormal (Castán, 1992).

1.2. Incumplimiento de las obligaciones

El incumplimiento de la obligación supone que la prestación debida no ha sido realizada por el deudor exacta y oportunamente (De Pablo Contreras, 2000). La idea de incumplimiento ha de contemplarse desde dos puntos de vista, desde el interés del deudor o del acreedor. Desde el primero, lo relevante es en qué medida se ha infringido su deber de prestación (el programa contractual), desde el segundo, importa en qué medida se ha satisfecho su derecho o interés al que estaba dirigida la relación obligatoria. De ahí que se diga que desde el punto de vista del interés del acreedor el incumplimiento constituye una *lesión del derecho de crédito* (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Para llegar a los conceptos de cumplimiento total o parcial necesariamente se tendrán que confrontar esos dos datos: la infracción de la prestación y satisfacción/insatisfacción del interés del acreedor.

1.3. Clases y causas del incumplimiento de la obligación

La doctrina jurídica distingue dos supuestos de incumplimiento:

A) Incumplimiento total o falta de cumplimiento (también denominado *incumplimiento propio o absoluto* o situación de «no-prestación»). En este primer grupo se integran todos los supuestos en los que el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a ejecutar la prestación prometida.

Es decir que aún a pesar de estar ya vencida la deuda y, en consecuencia, resultar exigible el deudor no ha ejecutado prestación alguna (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Pero para que este incumplimiento pueda ser reputado como total, además ha de imposibilitar el cumplimiento futuro de la prestación (Lasarte, 2007), es decir, que ya no cabrá la satisfacción futura del interés del acreedor.

INCUMPLIMIENTO TOTAL A NO PRESTACIÓN + INTERÉS: IMPOSIBILIDAD SATISFACCIÓN FUTURA
INCUMPLIMIENTO TOTAL A RESOLUCIÓN CONTRATO

B) Incumplimiento defectuoso o inexacto (también denominado incumplimiento *impropio o relativo*). En este caso sí que hay prestación pero esta no se ajusta al programa de la obligación, lo que puede ocurrir por falta de identidad de la cosa o del servicio, por no realizarse en su integridad o no haberse respetado el requisito de la indivisibilidad (Montés Penadés, 1994) o fuera de tiempo. Este incumplimiento, si bien no imposibilita el cumplimiento futuro de la prestación, supone un defecto o mal cumplimiento de lo convenido (se cumple parcialmente o de forma extemporánea). El supuesto más importante de incumplimiento inexacto, es la mora.

INCUMPLIMIENTO DEFECTUOSO A PRESTACIÓN INEXACTA + INTERÉS POSIBILIDAD SATISFACCIÓN FUTURA
INCUMPLIMIENTO DEFECTUOSO A NO RESOLUCIÓN CONTRATO

Esta distinción doctrinal entre cumplimiento propio e impropio, sin embargo, no ha sido recogida por el Código que se limita a establecer un único régimen en el art. 1.101. De modo que cualquier contravención de la obligación, bien sea total o parcial, será considerada como incumplimiento lo que dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios (Lasarte, 2007).

El incumplimiento, independientemente de su carácter total o parcial, puede tener su origen en: *a*) causas independientes de la voluntad del deudor, como sucede con el caso fortuito y la fuerza mayor); *b*) causas voluntarias que pueden tener una doble significación, según lleven consigo plena voluntad y conciencia (dolo) o mera negligencia (culpa) (Castán, 1992).

Todo incumplimiento (total o parcial) imputable al deudor por culpa o dolo sujeta a este a las consecuencias y a la responsabilidad derivadas de aquel. Por el contrario, el incumplimiento debido a circunstancias ajenas a su voluntad (caso fortuito) no lleva aparejado ningún tipo de responsabilidad. Se exceptúa el caso de que el deudor ya estuviese constituido en mora en el momento del incumplimiento (Castán, 1992).

El Código Civil recoge esta doctrina, de la intervención de la voluntad en el incumplimiento de las obligaciones en el artículo 1.101, al sujetar a la indemnización de daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y al excluir de responsabilidad a los que incumplen por caso fortuito o fuerza mayor en el artículo 1.105 cc (Castán, 1992).

2. EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO

2.1. Concepto

El incumplimiento total de la prestación debida existe cuando la conducta del deudor lesiona definitivamente el derecho del acreedor; es decir, cuando el interés del acreedor queda definitivamente desatendido con la conducta del obligado y porque además ya no es posible el cumplimiento futuro de la obligación (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El incumplimiento definitivo de la prestación debida puede obedecer a cualquiera de las siguientes causas (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

a) *La manifiesta voluntad del deudor de no cumplir.* En este caso la prestación es todavía posible e idónea, pese a que el deudor se encuentre en retraso que podría calificarse de mora si se cumplen determinados requisitos, pero hay una voluntad de no cumplir que se ha podido manifestar expresa o tácitamente a partir de actos u omisiones concluyentes.

La jurisprudencia últimamente ha suavizado los requisitos para que prospere la acción de cumplimiento. Así la sts 5 febrero 2007 (rja 730) señala que: la reciente sentencia de 20 de septiembre de 2006 (recurso núm. 3818/1999 [jur 2006, 234620]), «la jurisprudencia, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato. Sentencias de 7 de mayo de 2003 (rj 2003, 3886), 18 de octubre de 2004 (rj 2004, 6571) y 3 de marzo de 2005 (rj 2005, 4731), entre otras».

b) *El retraso definitivo que ya no puede satisfacer el interés del acreedor.* El deudor no ha realizado ninguna prestación, pero aun cuando todavía es objetivamente posible su cumplimiento, el retraso impide que se satisfaga su interés.

Este sería el caso del contrato sometido a término esencial que actúa como una condición resolutoria explícita, o que se ha tratado de un retraso totalmente desproporcionado. En el caso de la mora (incumplimiento defectuoso), sin embargo, el interés del acreedor todavía puede satisfacerse aun a pesar del retraso.

La sts 1 septiembre 2004 (rja 5471) establece que «la prestación retrasada no estaba sometida a término esencial, supuesto en el que, como señala la sentencia de 26 de junio de 1998 (rja 5072), no habría mora sino incumplimiento definitivo».

c) *La imposibilidad sobrevenida por pérdida de la cosa debida* (arts. 1.182 a 1.186 cc). El deudor no ha realizado ninguna prestación, pero esta ha devenido imposible de cumplir. La cosa perece por causa posterior al nacimiento de la obligación. El deudor queda liberado si concurren los presupuestos de ausencia de culpa del deudor –caso fortuito o fuerza mayor– y no estar constituido en mora (art.1.182).

2.2. La excepción de contrato no cumplido

En el marco de las obligaciones sinalagmáticas la parte que ha sido demandada podrá oponer al actor, que le exige el cumplimiento de su contraprestación, la excepción de contrato no cumplido en el caso de que este no haya cumplido previamente con la prestación que le corresponde. Mediante esta excepción se puede obtener de los tribunales la suspensión de la obligación de cumplir el contrato mientras que la otra parte no cumpla con su contraprestación debida. A la negativa a cumplir mientras no cumpla la contraparte también se le denomina *exceptio non adimpleti contractus* (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Ej. El vendedor A debía de entregar un coche a B (comprador) el 1 de enero de 2006, y este, a su vez, debía de pagar el precio del automóvil ese mismo día. Llegado el día del cumplimiento ninguno ha efectuado la prestación debida. Si A, reclama judicialmente el pago del dinero, B podrá

oponer a A la excepción de contrato no cumplido. Esto es así puesto que no puede exigir el cumplimiento del contrato quien previamente no ha cumplido con su correlativa obligación.

La existencia de esta excepción en nuestro ordenamiento jurídico, según Lacruz, encuentra su fundamento en los arts. 1.100 y 1.124 CC. En el primero de ellos cuando establece que uno no incurre en mora mientras el otro obligado no cumple, y en el art. 1.124, puesto que si en este se permite recuperar lo entregado (acción resolutoria) con mayor razón cabe deducir que nadie está obligado a cumplir mientras que no lo haga la contraparte.

Son numerosas las SSTS en las que se contempla esta excepción. Así La STS 16 abril 2004 (RJ 3261) establece que la *exceptio non adimpleti contractus*: «es la excepción de incumplimiento contractual, que se da en las obligaciones recíprocas, fundada en la regla de cumplimiento simultáneo de las mismas y que implica que una parte puede negarse al cumplimiento de su obligación mientras la otra no cumpla la suya».

El TS ha señalado que en supuestos excepcionales esta figura producir efectos resolutorios. Así la STS 20 diciembre 2006 (RJA 2007, 384). La llamada *exceptio non adimpleti contractus* enerva la reclamación hasta en tanto no se realice la prestación de la contraparte, como cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta sala de 21 de marzo de 2001, 12 de julio de 1991, 17 de febrero de 2003, aunque ciertamente en ocasiones se ha conectado a la facultad de resolver del artículo 1.124 CC (sentencia de 14 de julio de 2003). La excepción, pues, enerva la reclamación temporalmente, y tiene sentido en tanto la prestación no realizada siga siendo útil. Si en ese estado de cosas se genera una situación irreversible, por darse uno de los llamados incumplimientos esenciales, de diversa tipología, que comprenden la imposibilidad sobrevenida fortuita, el transcurso del término llamado esencial, el *aliud pro alio*, la imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato, estaremos ante un incumplimiento resolutorio y el remedio habrá de buscarse por la vía del artículo 1.124 CC a través de las acciones pertinentes, de cumplimiento o de resolución y de indemnización.

3. EL INCUMPLIMIENTO DEFECTUOSO O INEXACTO

3.1. Concepto

Un supuesto distinto al incumplimiento definitivo es el denominado incumplimiento inexacto de la prestación. Según Díez-Picazo y Gullón, caben los siguientes supuestos: *a*) falta de identidad e integridad de la prestación (arts. 1.166 y 1.169 CC) y *b*) prestación defectuosa por no ajustarse al programa de la obligación. Normalmente cuando afecta a las circunstancias de lugar o tiempo. El art. 1.098 utiliza la expresión: «contraviniendo el tenor de la obligación».

El CC no regula de modo sistemático el incumplimiento defectuoso, de ahí que se entienda que le es aplicable el art. 1.101 CC en cuanto que somete a la indemnización de daños y perjuicios al deudor que «de cualquier modo contraviniere el tenor de la obligación», también será de aplicación analógica lo dispuesto en los arts. 1.166 y 1.169 CC respecto a la falta de identidad e integridad de la prestación (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El CC, sin embargo, en determinados supuestos sí que establece normas especiales respecto de los vicios o defectos de las cosas vendidas (art. 1.484 y ss.), o de los servicios (art. 1.553), o por vicios constructivos (art. 1.591) en la obra encargada (Montés Penadés, 1994).

3.2. La frustración del fin del contrato

La prestación defectuosa en ocasiones puede generar una frustración del fin del contrato que puede fundamentar la resolución del mismo por insatisfacción del acreedor. Es lo que la jurisprudencia ha denominado inhabilidad del objeto (Montés Penadés, 1994). Un ejemplo en sede de compraventa la doctrina del *aliud pro alio*.

3.3. La excepción de contrato cumplido defectuosamente

Junto a la *exceptio non adimpleti contractus* que operaba en caso de incumplimiento total se encuentra la *exceptio non rite adimpleti contractus* que despliega sus efectos en el caso de contratos cumplidos defectuosamente. De modo que en el marco de las obligaciones sinalagmáticas el demandado podrá oponer al demandante la excepción de contrato cumplido defectuosamente *(exceptio non rite adimpleti contractus)* ante quien exige el cumplimiento de la contraprestación, que permite suspender el contrato hasta hacer frente a la reparación o rectificación (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La sts 16 abril 2004 (rj 3261) nos proporciona una definición de la *exceptio non rite adimpleti contractus* como «la excepción de cumplimiento defectuoso, que es la que se opone a la parte que ha cumplido su obligación defectuosamente, a fin de obtener una reducción correspondiente a lo mal realizado».

4. LA MORA

4.1. Concepto

La mora es un incumplimiento de la prestación que ha de relacionarse con el tiempo en que esta ha de cumplirse. En sentido amplio, se entiende por mora o demora el retraso en el cumplimiento de la obligación cuando es jurídicamente relevante (Castán, 1992). De ahí que no quepa la equiparación automática entre retraso y mora, puesto que esta exigirá la concurrencia de toda una serie de requisitos adicionales (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En la situación de mora aunque el cumplimiento sea tardío ha de ser todavía posible, puesto que en caso contrario nos encontraremos antes un situación de incumplimiento definitivo (De Pablo Contreras, 2000).

La mora aparece contemplada en el art. 1.100 cc:

> Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.
> No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:
> 1. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.
> 2. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.
> En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

La mora es una de las consecuencias de la estructura de las obligaciones sinalagmáticas, en las que como regla general, se exige su cumplimiento simultáneo, salvo que se haya pactado el cumplimiento aplazado (De Pablo Contreras, 2000). En consecuencia para que el retraso en el

cumplimiento de una de las partes sea relevante es necesario que la otra parte haya cumplido con su obligación. Partiendo de este presupuesto inicial, en el que una parte ha cumplido a tiempo y la otra no, el incumplimiento tardío puede presentar tres configuraciones con distintas consecuencias:

a) Una parte se retrasa en el pago pero este cumplimiento no llega a tener relevancia jurídica porque la otra parte no ha intimado a la mora.

b) Una parte se retrasa en el pago y la contraparte intima a la mora (o se está ante un supuesto de mora automática); en este caso el retraso al convertirse en moroso adquiere relevancia jurídica, siempre que el cumplimiento aunque tardío sea posible.

Ejemplo. Se ha pactado que una obra se entregue el 1 de enero. Se intima a la mora el 1 de febrero y la obra se entrega el 1 de abril. El constructor estará en situación de mora desde el 1 de febrero, pero esta circunstancia no impide que pueda continuar la obra. La consecuencia jurídica del retraso moroso será la de pagar indemnización de daños y perjuicios.

Este es el sentido de la STS 28 septiembre 2000 (RJA 7533):

la mora no es un supuesto de incumplimiento, sino un caso de cumplimiento tardío de la obligación, porque en forma alguna se puede decir que concluido la obra, haya incumplimiento por el contratista y se pueda pedir de forma solvente la resolución contractual, ya que lo que únicamente se puede solicitar por el dueño de la obra, de acuerdo con el artículo 1.101 del Código Civil, es la indemnización de daños y perjuicios que ese retraso ha producido a la parte contraria.

c) Una parte se retrasa en el cumplimiento de su obligación, pero el retraso es de tal relevancia que ya no cabe el cumplimiento tardío. Este es el caso también de los negocios a «término esencial» o fecha fija, en los que una vez superada la misma ya no hay posibilidad de cumplir. En este caso ya no habrá incumplimiento defectuoso moroso sino incumplimiento total, lo que supone un incumplimiento con consecuencias más graves como la resolución del contrato.

Ejemplo. Se pacta la entrega de una obra para antes de la Exposición de Zaragoza, que tiene lugar entre el 14 junio y el 14 de septiembre de 2008, pero las obras se retrasan hasta el punto de que se terminan el 20 el septiembre, es evidente que ese retraso supone un incumplimiento total. O piénsese en el traje encargado para la boda que se entrega una semana después. Orquesta contratada para la fiesta de fin de año, etc.

STS 17 noviembre 2004 (RJA 7239) «Para que proceda la resolución de la relación por incumplimiento es preciso, entre otras exigencias, que este tenga la entidad precisa para producir tan grave consecuencia en el funcionamiento de la relación. Si el cumplimiento se produjo con retraso, la jurisprudencia exige que la demora frustre el fin práctico perseguido por las partes con el contrato (Sentencia de 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 4298]). Y si hubiera sido objetivamente deficiente, que la prestación no resulte útil para el fin empírico al que estaba destinada (Sentencia de 27 de febrero de 2004 [RJ 1437] y las que cita)».

4.2. Clases de mora

La mora se divide en mora *solvendi* o del deudor y *accipiendi* o del acreedor y se subdivide la primera en *solvendi ex persona* y *solvendi ex re*, según que necesite o no la interpelación del acreedor para producirse (Castán, 1992).

4.3. La mora del deudor

La mora del deudor consiste en aquel incumplimiento, que aunque tardío, todavía satisface el interés del acreedor y que es imputable al deudor (Lasarte, 2007).

La mora es compatible con el dolo y la culpa, ya que la mora puede tener su causa en la falta de diligencia (culpa) o en la actuación dolosa del deudor. Sin embargo, en el caso de que el retraso haya sido originado por caso fortuito o fuerza mayor, este no será imputable al deudor y por tanto este no podrá ser constituido en mora (Lasarte, 2007).

4.3.1 Requisitos de la mora del deudor

Para la constitución en mora del deudor se exige (Castán, 1992):

1º *Que se trate de una obligación dirigida a una prestación positiva* (de dar o hacer), pues en las obligaciones de no hacer no cabe el cumplimiento tardío. Así se infiere a *sensu contrario* del artículo 1.100 del Código Civil.
2º *Que la obligación sea exigible* (lo que excluye de la mora las obligaciones naturales), *vencida* (ya por ser pura o ya por haber transcurrido el plazo o haberse cumplido la condición) *y determinada* (líquida).
3º *Que el deudor retarde culpablemente el cumplimiento de la obligación.* En cuanto a la prueba de la no culpabilidad, correrá a cargo del deudor, por la presunción de culpabilidad que establece el artículo 1.183.
4º *Que el acreedor requiera de pago al deudor, judicial o extrajudicialmente*, pues dice el artículo 1.100 que «incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación». No es necesario el requerimiento en los casos de mora automática.

El deudor puede evitar la mora formalizando el pagando o consignando la cantidad adeudada (sts 8 marzo 2006 (rja 5410)).

4.3.2 La constitución en mora: la intimación o interpelación

El mero retraso en el cumplimiento para convertirse en mora necesita que el acreedor, siempre que previamente haya cumplido lo que le incumbe, exija «judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación» al deudor (art. 1.100.1º). De modo que hasta que la interpelación o intimación no se lleve a cabo, no puede hablarse técnicamente de mora, por grande o grave que sea el retraso del deudor (Lasarte, 2007).

El cc no exige ningún requisito de forma para realizar la interpelación, si bien como la carga de la prueba de haber efectuado la intimación recae sobre el acreedor, este deberá asegurarse de la fehaciencia de la notificación (por requerimiento notarial, telegrama, burofax, etc.) cuando se realice extrajudicialmente.

La sts 1 septiembre 2004 (rja 5471) establece que: «El artículo 1.100 del Código Civil [...] exige para que se entienda producida la mora, además de un retraso en el cumplimiento de la prestación debida, que el acreedor lo reclame al deudor (ssts 12 de febrero de 1972, 12 de febrero de 1979 [rj 811], 5 de mayo de 1986 y 8 de febrero de 2000 [rj 623])».

4.3.3. La mora automática

La regla general de que la constitución en mora exige la previa interpelación del deudor no es absoluta. El propio art. 1.100 cc señala que no es necesario el requerimiento, por lo que puede hablarse de mora automática, en los siguientes casos:

1º Cuando medie pacto expreso en contrario (art. 1.100-1º). La exclusión convencional de la necesidad de interpelación es muy frecuente en la práctica contractual. Para ello, según Lasarte, basta indicar en alguna de las cláusulas del contrato que el retraso en su ejecución dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios sin necesidad previa de reclamación.

2º Cuando expresamente lo declara la ley. Este es el caso de las obligaciones mercantiles que tengan día señalado para su cumplimiento (arts. 62 y 63 del Código de Comercio).

3º Cuando de la obligación se desprenda ser motivo determinante de ella la época o el momento señalado para su cumplimiento (art. 1.100-2º). Ej. Calefacción encargada para el invierno y que se termina en el verano siguiente, etc. Diferente sería el caso de un traje de novia, puesto que su entrega después de la ceremonia constituiría un supuesto de incumplimiento definitivo y no de mora, puesto que ya no es posible ya el cumplimiento tardío; mientras que en el caso de la calefacción siempre es posible utilizarla en años venideros.

En todos los supuestos comentados de mora automática el más simple retraso equivale a la constitución en mora del deudor.

4.3.4. La compensación de la mora

En el último párrafo del art. 1.100 se establece que «en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro». Esta última frase ha generado gran polémica en la doctrina por su deficiente redacción; en mi opinión debe interpretarse en el sentido de establecer el requisito *sine qua non* para que empiece a producir sus efectos la institución de la mora, de modo que hasta el momento del cumplimiento (de quien pretende invocar a su favor la mora) ni se podrá interpelar a la mora ni producirá efectos la mora automática.

Ej. En el caso de la calefacción que se entrega después del invierno no empezará la mora automática hasta que el comprador pague el precio de aquella.

El anterior fenómeno es conocido como la compensación de la mora (*compensatio morae*) y supone que el retraso en el cumplimiento de una de las partes no es jurídicamente relevante mientras que la otra no ha cumplido y es uno de los efectos propios de las obligaciones bilaterales puesto que se deriva de la regla de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones.

4.3.5. Efectos de la mora del deudor

El deudor moroso, según Lasarte (2007) queda obligado a:

a) Cumplir la obligación, ya que la mora no excluye del cumplimiento de la obligación, de modo que el deudor deberá cumplir –aunque tardíamente– la misma. En el caso de que el cumplimiento tardío deviniese imposible ya no habría mora (cumplimiento defectuoso) sino incumplimiento total. Ej. Este sería el caso del modisto que no entrega a tiempo el traje de novia.

b) Indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que le ocasione el retraso (art. 1.101). Si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización, sin haber pacto

en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y, a falta de convenio, en el interés legal (art. 1.108). El tipo de interés legal del dinero para el año 2008 es del 5,50%, según el BOE del 27 diciembre 2007.

c) Responder de los riesgos, perecimiento y deterioros de la cosa, acontecidos tras la constitución en mora, aunque sea por caso fortuito fuerza mayor (art. 1.096-3º). De modo que el deudor moroso ve agravada su responsabilidad puesto que en condiciones normales no respondería cuando el cumplimiento fuera imposible por fuerza mayor o caso fortuito. A esta agravación se le denomina *perpetuatio obligationis* (Lasarte, 2007).

Por el contrario, el deudor que se ha retrasado en el cumplimiento pero no ha sido constituido en mora: no tendrá que indemnizar por daños y perjuicios por el retraso y no verá agravada su responsabilidad por tener que responder en los supuestos de fuerza mayor y caso fortuito. De ahí las ventajas que reporta al acreedor la figura de la mora.

4.3.6. Cesación de la mora

Los efectos de la mora desaparecen por lo que se llama purga de la misma (*purgatio morae*). Aunque el Código no la regula, puede decirse que la mora cesa: 1) por voluntad del acreedor, como en los casos de renuncia al cobro de la indemnización debida, concesión de prórroga, novación de la obligación, etc.; 2) por concesión de un nuevo plazo legal al deudor (moratorias); 3) por incurrir también el acreedor en mora (*compensatio morae*). Hemos señalado como presupuesto de la mora que el acreedor haya cumplido previamente con su respectiva obligación; técnicamente sería más apropiado decir que en este último caso la mora no ha llegado a nacer.

4.3.7. Las moratorias

Cuando el acreedor concede al deudor que se retrasa en el cumplimiento un nuevo plazo, la mora (bien sea común o automática) desaparece. A esta prórroga del plazo se le denomina moratoria (Lasarte, 2007). Es decir que al deudor moroso el acreedor puede concederle una moratoria para que pague.

4.4. La mora del acreedor

El Código Civil no regula la mora del acreedor de modo sistemático y detallado; pero, sin embargo, se hace eco de ella en varios artículos (véanse, por ejemplo, 1.185, 1.452-3º, 1.505, 1.589 y 1.590), y trata, sobre todo, como el más fundamental de sus efectos, de la posibilidad de liberarse el deudor de su obligación mediante la consignación de la cosa debida (artículos 1.176 y ss.) (Castán, 1992).

4.4.1. Requisitos

Para que exista la mora *accipiendi* se requiere:

1º Que se dé una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor.

2º Que el deudor realice todo lo conducente a la ejecución de la prestación, lo que supone, el ofrecimiento de pago al acreedor (véase art. 1.176 del Código Civil).
3º Que el acreedor no acepte la prestación o, en general, no coopere al cumplimiento de la obligación, sin justificación legal para ello.

Un supuesto de mora *accipiendi* lo tenemos cuando el arrendador se niega a cobrar al arrendatario las rentas devengadas, para de este modo poder desahuciarlo por falta de pago. O el caso del vendedor que se niega a cobrar el precio del bien vendido para de este modo poder resolver el contrato por falta de pago. Imaginemos que se vende un piso y que entre el momento de la perfección de la compraventa y el día fijado para el pago este ha duplicado su valor. Sería en este escenario cuando el vendedor desaprensivo intentaría por todos los medios resolver la compraventa.

4.4.2. Efectos de la mora del acreedor

Los efectos de la mora del acreedor no aparecen regulados en el Código Civil, pero pueden deducirse del principio de que el deudor no debe sufrir perjuicio por la mora del acreedor; la doctrina ha establecido que son los siguientes (Castán, 1992):

1º La mora del acreedor excluye la del deudor.
2º Pasa a cargo del acreedor el riesgo o caso fortuito que pesase antes sobre el deudor.
3º El deudor puede obtener su total liberación mediante la consignación de la cosa debida.

4.5. Regímenes especiales de mora

Fuera del cc podemos encontrar disposiciones legales que establecen particularidades al régimen general de la mora del Código Civil. Así el art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, establece toda una serie de reglas para el caso de que el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación de indemnización de los daños y perjuicios. Asimismo, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Esta ley está limitada a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas, y entre estas y el sector público. No regula las operaciones en las que intervienen consumidores, ni los intereses relacionados con otros pagos como los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio ni los pagos de indemnizaciones por daños. Las medidas sustantivas contra la morosidad que esta ley regula consisten en establecer, con carácter general, un plazo de exigibilidad de intereses de demora, determinar su devengo automático, señalar el tipo de interés de demora y otorgar al acreedor el derecho a reclamar al deudor una indemnización razonable por los costes de cobro. A estas medidas se añade la posibilidad de pactar cláusulas de reserva de dominio a los efectos de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total de la deuda.

Destacamos el art. 5, en la que se establece con carácter general la mora automática: «El obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor».

5. LOS CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD: LA CULPA Y EL DOLO

El incumplimiento, total o parcial, y cualquiera que sea la causa que lo origine, ha de ser imputable al deudor para que el acreedor pueda recurrir a las reglas que el Código le proporciona para poder dirigirse contra el obligado (Puig-Brutau, 1986). Los criterios de imputabilidad son la culpa y el dolo, tal como se desprende del art. 1.101 cc: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas».

Sin imputabilidad no hay responsabilidad, esta máxima tiene lugar cuando incumplimiento tiene su origen en una imposibilidad debida a hechos no imputables al deudor por no haber sido ocasionados ni por su culpa ni su actitud dolosa deudor. Estos es lo que sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, circunstancias en las que obligación quedará extinguida (arts. 1.182 a 1.186 cc) (Puig-Brutau, 1986).

5.1. La culpa

El primer criterio de imputabilidad de responsabilidad contractual lo constituye la culpa. El cc la define en el art. 1.104 «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

La culpa contractual consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación (Castán, 1992). El comportamiento culposo puede deberse a la negligencia, descuido o impericia del deudor (Borda, 1993). La esencia de la culpa (que a la vez explica su ilicitud e imputabilidad al agente, a pesar de no mediar el comportamiento doloso) está en la falta de diligencia y previsión que supone en el autor del acto. En este sentido define la culpa el Código Civil en el art. 1.104 como «la omisión de... diligencia...».

El problema de la culpa ha sido el de la fijación de los parámetros para medirla, puesto que en la negligencia cabe una gran variedad de grados, de ahí que las diferentes escuelas jurídicas, fijaran desde antiguo ciertos tipos de diligencia-base para medir la responsabilidad del agente.

Los romanistas hablan a este respecto de la culpa lata (negligencia excesiva, consistente en no hacer lo que todos hacen o no comprender lo que todos comprenden); la culpa leve en abstracto (que existe cuando no se obra con la diligencia que debiera emplear un buen padre de familia, esto es, un hombre vigilante y cuidadoso) y la culpa leve en concreto (que toma como tipo la diligencia que observa en sus propios negocios el mismo sujeto de cuya responsabilidad se trata), a la que todavía añadían la culpa levísima (consistente en omitir aquella diligencia que ponen los hombres muy cuidadosos).

El Código Civil como reacción contra la exagerada complicación de las teorías romanistas acerca de la graduación de la culpa establece dos sistemas para poder concretar el grado de diligencia que en una relación obligatoria ha de prestar el deudor (Castán, 1992):

a) En primer lugar, la tesis del arbitrio judicial, que supone que el obligado tendrá que actuar con la diligencia que exija la naturaleza de la obligación. En este caso no se establece un parámetro de referencia, sino que hay que acudir al caso concreto, lo que supone que el juez partiendo de lo convenido por las partes apreciará la conducta de la persona a quien se

imputa la culpa y si esta se ajusta a las circunstancias de lugar y tiempo (De Pablo Contreras, 2000). Este sistema se caracteriza por su flexibilidad puesto que permite al juez moderar la negligencia según los casos (art. 1.103 cc).

b) Subsidiariamente, en el caso de que la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se acudirá a un patrón de referencia, constituido por la diligencia que se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia (artículo 1.104-2º). Esta expresión constituye un criterio objetivo de graduación de la culpa, para ello se toma como referencia el tipo medio o normal de persona diligente en el cumplimiento de las obligaciones (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La conducta del *bonus pater familias* se adaptará técnicamente a los casos concretos cuando el deudor asume la obligación en concepto de profesional o de experto (De Pablo Contreras, 2000). El sistema del Código Civil está influido por el sistema romano, del que toma el tipo de la culpa leve en abstracto.

5.2. El dolo

El Código Civil, a diferencia de lo que sucede con la culpa, no proporciona una noción del dolo como causa de incumplimiento de la obligación, si bien la doctrina lo equipara a la mala fe apoyándose en el texto del artículo 1.107. En ese precepto se contrapone el deudor de buena fe y el deudor por dolo, resultando así que este último es el deudor de mala fe». La doctrina estima que es dolosa toda acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir –un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación. El dolo presupone un elemento intelectual (conciencia) y un elemento volitivo (voluntad de violar el derecho de crédito), aunque no requiere la intención de perjudicar o dañar al acreedor (Castán, 1992).

Esta ha sido la doctrina seguida por el ts que no exige en el dolo la intención de perjudicar o dañar, sino que es suficiente con la infracción voluntaria del deber jurídico que pesa sobre el deudor junto con la conciencia de que se está realizando un acto antijurídico (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La sts 30 marzo 2005 (rja 2618) en un caso de existencia de daños conscientemente realizados con la venta de cabezas de ganado porcino pertenecientes a un tercero para cobro de una deuda contraída por su poseedor inmediato. Define el dolo civil como la «conducta intencional o al menos plenamente consciente del daño ajeno –basta la coincidencia de que con un hecho propio se realiza un acto antijurídico haciendo lo que no debe hacerse: ss. 9 marzo 1962 (rja 1230), 19 mayo 1973 (rja 2339) y 5 diciembre 1995 (rja 9260)–, y determinante del perjuicio sufrido por el actor, con absoluta eficacia causal».

El dolo aparece en el cumplimiento de las obligaciones como causa de agravación de la responsabilidad del deudor (Díez-Picazo y Gullón, 2001), así se deduce del contenido del art. 1.107 cc.

La doctrina ha modificando el criterio clásico que diferenciaba el dolo de la culpa por la *intencionalidad* del obligado estableciendo las siguientes premisas:
1º Que no puede deslindarse nítidamente la frontera que separa la culpa del dolo.
2º En todo caso, de querer establecer una diferencia, esta debe buscarse no en la intención de dañar sino en la conciencia del daño que se causa.

Desde el punto de vista de la imputabilidad las causas de incumplimiento (definitivo o defectuoso) de las obligaciones son las siguientes (Castán, 1992):

a) Incumplimiento doloso cuando la causa ha sido prevista por el deudor (previsión efectiva).
b) Incumplimiento culposo cuando la *causa pudo y debió preverse por el deudor* (posibilidad de previsión).

c) Incumplimiento inimputable por fuerza mayor o caso fortuito, cuando la causa *no se pudo prever o evitar* por el deudor (ausencia de previsión y de posibilidad).

5.3. La prueba del incumplimiento contractual

En materia de incumplimiento contractual existe la presunción de culpa del deudor; se parte de que si el deudor no cumple la obligación lo hace porque quiere, y, por tanto, es responsable de la falta de cumplimiento. De este modo al acreedor le basta probar la existencia de la obligación y su incumplimiento; de modo que será el deudor al que corresponderá destruir su presunción de culpabilidad para eximirse de responsabilidad, teniendo que demostrar que el incumplimiento no fue debido a su comportamiento culposo (Castán, 1992). Así se deduce del artículo 1.183 cc, que establece que: «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa, y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario».

El criterio varía con la prueba de la existencia del dolo, pues a diferencia de la culpa, este no se presume y, en todo caso, habrá de ser probado por el acreedor (Díez-Picazo y Gullón, 2001). De modo similar al dolo en la culpa extracontractual o aquiliana la carga de prueba de la culpa también recae sobre el demandante.

La sts 19 julio 2006 (rj 3993) establece que: «el dolo principal o causante, que necesariamente ha de ser grave, no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quién lo alegue (ssts de 22 y 28 de febrero de 1961), sin que basten al efecto las meras conjeturas (sts de 25 de mayo de 1945)».

6. LA EXONERACIÓN DEL DEUDOR: EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

6.1. Concepto del caso fortuito

El caso fortuito es una causa de exoneración (o de inimputabilidad) en el cumplimiento de las obligaciones, y en este sentido puede definirse genéricamente como aquel accidente no imputable al deudor que impide el exacto cumplimiento de la obligación (Castán, 1992). De modo más concreto, tomando como referencia el art. 1.105 cc puede definirse como «el acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto, o previsto pero inevitable, que imposibilita el exacto cumplimiento de la obligación» (Castán, 1992).

El citado precepto establece que: «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

Constituyen supuestos de caso fortuito o fuerza mayor serían las guerras, robos, fenómenos meteorológicos, erupciones volcánicas, terremotos, etc.

La sts 16 noviembre 2006 (rja 8130) establece la existencia de caso fortuito en el caso de muerte de los ocupantes de un carro tirado por animal que recibe la colisión de un convoy ferroviario en paso a nivel sin barrera, al estimar que es imprevisible irrupción del animal desbocado en el momento en que el tren alcanzaba ese punto, así como la ineficacia de posibles barreras para impedir el cruce de un animal desbocado.

El caso fortuito en nuestro ordenamiento jurídico se confunde con la fuerza mayor, hasta el punto de que el propio CC en unas ocasiones se refiere conjuntamente a ambas figuras (arts. 457, 1.777, 1.748. 1.905 y 1.908.3) y, en otras lo hace de modo separado (arts. 1.136, 1.183, 1.744, 1.745, 1.575 y 1.836).

Si bien el art. 1.105 CC no distingue entre fuerza mayor y caso fortuito la doctrina sí que diferencia ambas figuras (De Pablo Contreras, 2000). Esta distinción también se puede encontrar alguna sentencia. Así la STS 30 septiembre 1983 establece que: «mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que, aun cuando se hubiera previsto, habría sido evitable». El primer caso sería el de un robo, mientras que en el segundo sería el caso de un terremoto.

6.2. Requisitos comunes al caso fortuito y fuerza mayor

Según Castán (1992) los requisitos para apreciar la existencia del caso fortuito son los siguientes:

1º Que se trate de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del deudor y, por consiguiente, no imputable a él.
2º Que el acontecimiento sea inevitable, con independencia de que sea imprevisto (un robo) o previsto (una tormenta de nieve); bastando, por consiguiente, que tenga alguno de estos dos caracteres.
3º Que dicho acontecimiento imposibilite al deudor para el cumplimiento de su obligación (véanse arts. 1.182 y 1.184 del Código Civil).
4º Que entre el acontecimiento y la imposibilidad del cumplimiento de la obligación y el consiguiente daño exista un vínculo de causalidad, sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad, dolosa o culposa, del deudor.

La STS enero 2006 (RJA 129) establece que para que poder apreciarse el caso fortuito ex art. 1.105 CC se requiere inexcusablemente que se trate de un hecho que no hubiere podido preverse o que previsto fuera inevitable (aentencias de 29 de abril de 1988 [RJ 3302] , de 1 de diciembre de 1994 [RJ 10359], de 31 de marzo de 1995 [RJ 2795] , 3 de marzo de 1999 [RJ 1400] , 4 de abril de 2000 [RJ 2506]».

La citada sentencia no apreció la existencia de caso fortuito en un caso de accidente de helicóptero provocado por una ráfaga de viento en un vuelo demasiado bajo con excesiva proximidad a paredes rocosas. Establece que la ráfaga de viento era previsible. De modo que cuando el acaecimiento dañoso fue debido al incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad no puede darse la situación de caso fortuito, pues entonces falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requeridos con arreglo a las circunstancias del caso (sentencias 22 de diciembre de 1981 [RJ 5350] , de 11 de noviembre de 1982 [RJ 6538] , de 16 de febrero [RJ 1994] y 8 de mayo de 1988, de 5 de febrero de 1991 [RJ 992]).

La prueba de la existencia del caso fortuito corresponderá al deudor; así resulta por aplicación extensiva del art. 1.183 CC que establece que: «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito» (Lasarte, 2007).

La exoneración del deudor por caso fortuito no es absoluta, ya que puede mantenerse su responsabilidad en los supuestos mencionados en el art. 1.105 (Lasarte, 2007):

a) *en los casos expresamente mencionados en la ley*. Estos supuestos son muy escasos, destacando los mencionados en los arts. 1.744 y 1.745 CC. El art. 1.744 dice que: «Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque esta sobrevenga por caso fortuito» y el art. 1.745: «Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad».
b) *cuando expresamente lo declare la obligación.* Es decir que las partes puede pactar expresamente que el deudor responda incluso en los supuestos de fuerza mayor.
c) en las obligaciones de entregar cosa genérica, la vigencia del principio *genus nunquam perit* impide la aplicación de la exoneración por caso fortuito.

7. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El acreedor ante la lesión de su derecho de crédito por incumplimiento (total o defectuoso) de la prestación, dispone de una acción para obtener la condena del deudor a que cumpla lo debido, si el incumplimiento fue total, o a que cumpla en la forma en que se pactó, si el cumplimiento fue inexacto (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En las obligaciones bilaterales el art. 1.124 establece una doble posibilidad de actuación para el acreedor que ha cumplido con su obligación. De modo que además de la *acción de cumplimiento* también dispone de la *acción resolutoria* que le permite resolver la obligación (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El acreedor independientemente de que haya optado por el cumplimiento de la obligación o por su resolución, también tendrá derecho a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Establece el art. 1.124 CC que: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.[...]».

La elección entre una vía u otra queda al arbitrio del acreedor. No obstante, hay que señalar que ambas acciones son incompatibles por lo que el acreedor necesariamente ha de escoger entre una vía u otra (Lacruz, 1999). Aunque no hay ningún impedimento para que el actor en la demanda solicite de modo subsidiario el ejercicio de ambas acciones.

Una vez terminado el proceso judicial con una sentencia firme favorable al actor pueden ocurrir dos cosas (Lasarte, 2007):

A) Que el deudor se decida a cumplir conforme a lo ordenado por el juez en el fallo, en cuyo caso se está ante un supuesto de ejecución voluntaria.
B) Que pese a existir la sentencia firme de condena, se niegue cumplirla y, por tanto, el acreedor se vea forzado a reclamar de nuevo la intervención judicial para lograr que *se ejecute* la sentencia de condena previamente obtenida. Se habla entonces de ejecución forzosa de la obligación.

La ejecución forzosa constituye, pues, el último paso a seguir por el acreedor para ver satisfecho su interés, y para ello, ha de dirigirse al juez competente reclamando nuevamente su intervención, a efectos de que se lleve a cabo el cumplimiento de lo declarado en la sentencia (Lasarte, 2007).

La ejecución forzosa puede cumplirse de dos maneras (Lasarte, 2007):

A) En forma específica, o sea, mediante el denominado cumplimiento *in natura.* Este sería el caso en el que una empresa constructora condenada a demoler un edificio procediese a ello utilizando los medios materiales de que dispone.
B) En forma genérica o mediante el cumplimiento por equivalente pecuniario. En este caso se sustituye la actividad de demolición por lo que su coste en dinero.

7.1. Ejecución forzosa en forma específica: cumplimiento *in natura*

La denominada ejecución forzosa en forma específica o cumplimiento *in natura,* consiste en obtener judicialmente la prestación tal y como quedó prefijada en el título constitutivo o programa de la obligación (Lasarte, 2007). Es decir, consiste, en restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño, lo que se consigue normalmente reparando o enmendando el bien dañado, pero también, cuando lo anterior no es posible, sustituyéndolo por otro igual al destruido. Por este motivo, la reparación en forma específica no se concreta necesariamente en una obligación de hacer sino que también puede consistir en obligaciones de dar.

La expresión cumplimiento *in natura* proviene del hecho de que, finalmente, el acreedor consigue en tal caso el cumplimiento o ejecución de la prestación de idéntico modo en que se previó en la obligación (Lasarte, 2007).

El Código Civil contiene una doble regulación de la ejecución específica, en atención a la diferente naturaleza de la prestación:

a) Ejecución forzosa de la obligación de dar: «Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101 [resolver la obligación], puede compeler al deudor a que realice la entrega. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor» (art. 1.096 cc).
El artículo 701 de la lec para el caso de la entrega de cosa mueble determinada establece que el: «Tribunal pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos, ordenando la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario». Ej. Si el deudor no entrega un cuadro de Dalí el juez autorizará la entrada en su casa y la aprehensión del mismo por la fuerza pública.
En el caso de cosas genéricas, el art. 702 lec autoriza a que se pongan en poder el ejecutante o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando al mismo tiempo el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición.
El art. 703 lec se refiere a la entrega de los bienes inmuebles, en cuyo caso el Tribunal ordenará de inmediato que se proceda de acuerdo con sentencia y que se adecúe el Registro de la Propiedad a la misma.

b) Ejecución forzosa de la obligación de hacer: Según el art. 1.098 cc «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar [por un tercero] a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».
Es decir, que en las obligaciones de hacer el cumplimiento defectuoso se sanciona con la destrucción de lo mal hecho y con la obligación de hacerlo de nuevo, bien por el deudor, bien por otra persona y a su costa (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Si el incumplimiento es total, se mandará ejecutar por un tercero, en el caso de que la obligación de hacer fuera

personalísima ex art. 1.161 CC (artista famoso que tiene que pintar un cuadro) determinará la imposibilidad de cumplimiento forzoso por un tercero.

De modo más explícito el art. 706 de la vigente LEC establece que si la obligación de hacer no es personalísima se podrá solicitar por el ejecutante que la realice un tercero a costa del deudor o reclamar la indemnización daños y perjuicios. Si la obligación de hacer es personalísima, el art. 709 LEC, el acreedor podrá optar entre que seguir la ejecución para que se le entregue un equivalente económico o que se apremia al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevar a cabo la prestación desde la finalización del plazo que se le otorgó para la ejecución.

c) Ejecución forzosa de la obligación de no hacer: En este caso el principio es el mismo que en la ejecución forzosa de obligaciones de hacer (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Por ello, también podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho «cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido» (arts. 1.099 y 1.098.2º).
El art. 710 de la LEC en el caso de que el deudor no cumpla con la sentencia en la que se le condena a «no hacer», se le pueda intimar con una multa por cada mes que transcurra sin deshacer lo mal hecho, y si no fuera posible «deshacer lo mal hecho» se procederá al resarcimiento por daños y perjuicios.
En caso de que no pueda deshacerse lo indebidamente hecho por el deudor (el cantante ya ha grabado un CD con la discográfica de la competencia), es evidente que a este solo puede reclamársele la indemnización pecuniaria.

d) Ejecución forzosa de la obligación dineraria. Si sentencia establece que el deudor ha de pagar una suma de dinero y este no cumple con la sentencia que le condena a ello, ante su incumplimiento se procederá al embargo y venta en pública subasta de bienes suficientes según los arts. 571 y ss. LEC.

7.2. Ejecución forzosa en forma genérica: cumplimiento por equivalente

La reparación por equivalente consiste en la entrega al perjudicado de una suma de dinero. Esa suma, en el caso de perjuicios patrimoniales, debe ser equivalente al valor o entidad económica del daño sufrido, mientras que tratándose de perjuicios extra patrimoniales ha de resultar suficiente o apta para compensar el daño soportado por el perjudicado. La expresión cumplimiento por equivalente (pecuniario), proviene del hecho de que la suma de dinero fijada en sustitución de la prestación debida propiamente dicha, equivale -al menos idealmente- al valor patrimonial de la prestación no ejecutada (Lasarte, 2007).

El cumplimiento por equivalente tiene carácter subsidiario (Lasarte, 2007), según de modo que al acreedor siempre se le debe exigir en primer lugar el cumplimiento específico o *in natura* y, solo cuando este no sea posible podrá solicitar el cumplimiento por equivalente. La explicación se encuentra en que el acreedor no puede tener total libertad de elegir entre el cumplimiento en forma específica o por equivalente ya que esto supondría introducir en todas las obligaciones un carácter facultativo, lo que supondría una modificación del programa de la obligación (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La STS 13 julio 2005 (RJA 5098) establece para un supuesto ruina ex art. 1.591 CC que: «una ya larga jurisprudencia considera que el derecho del perjudicado a obtener la reparación *in natura* es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera (sentencias de 2 diciembre 1994 [RJA 9394] y 13 mayo 1996 [RJA 3876])».

El Código Civil no contempla expresamente en ninguno de sus artículos la modalidad de ejecución forzosa por equivalente, solo se impone al deudor que incumple que responda por los daños y perjuicios (art. 1.101 CC). El art. 717 LEC contempla la vía para la determinación del equivalente económico, remitiéndose a los arts. 714 a 716 que resuelven la liquidación de daños y perjuicios.

La STS 26 diciembre 2007 (RJA 400) establece que: «ante tal situación, [imposibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación] hay que acudir al cumplimiento por equivalente, que ciertamente no se ha de confundir con la indemnización de daños, pues responde a principios y criterios diversos, ya que el cumplimiento sustituye a la prestación, en virtud de la *perpetuatio obligationis*, y la indemnización de daños y perjuicios obedece a una nueva obligación que la Ley (artículo 1.101 CC) hace surgir por razón del incumplimiento, fijando su extensión (artículos 1.106, 1.107 y 1.108 CC). Es cierto, sin embargo, que en el cumplimiento forzoso por equivalente, concurrente con la indemnización de daños, a la postre el perjudicado va a recibir una cantidad de dinero».

8. LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

8.1. Concepto y ámbito de aplicación

El acreedor además de las acciones de cumplimiento, tanto de forma específica como por equivalente, dispone de una acción para ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El fundamento de la acción de resarcimiento está en el artículo 1.101 CC que establece que: «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravienen al tenor de aquellas». Lo anterior supone que cualquier contravención de la obligación, cualquier falta a la exactitud de la prestación puede generar una indemnización daños y perjuicios a favor del acreedor (Lasarte, 2007).

Pese a que el Código Civil no lo indica de forma expresa, la indemnización de daños y perjuicios causados por cualquier tipo de incumplimiento contractual es siempre de carácter pecuniario (Lasarte, 2007).

En las bilaterales la indemnización de daños y perjuicios es compatible con las acciones de cumplimiento y resolutoria (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En este sentido el art. 1.124-2º establece que: «El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos».

La indemnización daños y perjuicios también tiene aplicación, si bien de forma autónoma o independiente en los supuestos de responsabilidad extracontractual; si bien en estos casos no deriva del incumplimiento de un obligación previamente establecida, sino a causa del *daño* inferido a un tercero (art. 1.902 CC). En el ámbito extracontractual también puede haber lugar a una reparación específica o a una reparación pecuniaria (Lasarte, 2007).

8.2. Los componentes de la indemnización: daño emergente y lucro cesante

La indemnización de daños y perjuicios tiene por objeto la reparación de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación contractual o por la realización de un ilícito extracontractual (Lasarte, 2007).

El artículo 1.106 contempla los aspectos que han de tenerse en cuenta para establecer el alcance de la acción de daños y perjuicios: «la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor».

Es decir que para el establecimiento de la cuantía de la indemnización hay que valorar dos aspectos o componentes:

a) El daño emergente, es decir, el daño o pérdida sufridos por el acreedor, lo que supone valorar la prestación no realizada. La anterior cantidad puede verse incrementada con los gastos que le ha originado al acreedor la no realización de la prestación.

Ej. Gastos de reparación de un techo mal construido en una clínica veterinaria.

b) El lucro cesante o ganancia dejada de obtener por el acreedor a consecuencia del incumplimiento contractual o del sufrimiento de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual.

Ej. La indemnización por los días no trabajados en la clínica.

No obstante, el silencio del art. 1.106 también cabría incluir el daño moral, que según Lacruz, se trata del inferido a la salud, a la libertad, el honor, y en general, los bienes de la personalidad, con independencia de las consecuencias patrimoniales (daño emergente y cesante) que se deriven el mismo cumplimiento.

La sts 10 febrero 2006 (rja 674) establece que: «la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado [...] ssts 31 de mayo de 1983 [rj 1145] , 25 junio de 1984 [rj 1145], 28 de marzo de 2005 [rj 2614] y 28 de abril de 2005 [rj 3944])».

La sts 4 octubre 206 (rja 6428) condena a un centro de dermatología capilar a que indemnice a un paciente por las lesiones dermatológicas crónicas derivadas de implante capilar. La indemnización por los perjuicios morales sufridos proporciona en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento causado; procedencia: depresión y tristeza sufridas como consecuencia del frustrado tratamiento dispensado y sus secuelas.

La sts 19 julio 2006 (rja 4731) condena a los propietarios de una parcela a que retiren de la misma unos caballos, depósito de estiércol y clausura los establos, y a que indemnicen en concepto de daños materiales y morales a los demandantes por la enfermedad que desarrolló su hijo (rinoconjuntivitis alérgica por hipersensibilidad a pólenes e hipersensibilidad a epitelio de caballo).

La lec en los arts. 714 a 716 ha establecido un procedimiento para la resolver la liquidación de daños y perjuicios.

8.3. Los presupuestos de la indemnización

La indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha no se genera automáticamente por virtud del incumplimiento contractual o del acto ilícito, sino que es necesario que se den los siguientes requisitos o presupuestos (Lasarte, 2007):

A) Que la actuación del deudor en la relación obligatoria de que se trate o las condiciones y circunstancias de la misma (contrato o responsabilidad extracontractual) lo haga responsable del incumplimiento contractual o del acto ilícito.

B) Que el acreedor pruebe o acredite la efectiva existencia y valoración de los daños y perjuicios en el transcurso del proceso judicial, no pudiendo dejarse su posterior comprobación para la ejecución de sentencia, en la que únicamente puede fijarse la cuantía en el caso de que en la sentencia se fijen las bases para posibilitar este cálculo (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Quedan descartadas las meras suposiciones, previsiones o hipótesis no probadas.

La jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo es muy rigurosa tanto con la exigencia de prueba del lucro cesante como de los daños morales, de ahí que nuestros tribunales no concedan las altísimas indemnizaciones propias de los tribunales de usa (Lasarte, 2007).

La sts 30 abril 2002 (rja 4038) afirma que hay sentencias que dicen que en casos concretos y claros, el incumplimiento implica por sí mismo, un perjuicio, que debe ser indemnizado (así, sentencia de 18 juio 1997 [rja 5522]). Pero es excepcional. El perjuicio –daño emergente y lucro cesante– debe ser objeto de prueba, tanto más cuanto en casos, como el presente, en que es negado por la parte contraria.

Así la sts 29 marzo 2001 (rja 2001, 3189) establece que «nuestro sistema responde a una «ratio» resarcitoria o compensatoria, es preciso la constancia de la existencia o realidad del daño y de su cuantía, además de que sea consecuencia necesaria del incumplimiento [...] la doctrina general de que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, y que, por ende, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de su existencia y cuantía». En esa misma línea, entre otras muchas, las ssts 18 abril (rja 2976), 23 mayo (rja 3917) y10 junio de 2000 (rja 4407).

Finalmente la sts 29 mayo 2001, también dice que «los daños y perjuicios han de ser reales tangibles (sentencia 31 diciembre de 1994 [rja 10247]), sin que quepa comprender los hipotéticos, o meramente eventuales de incierto acontecimiento (sentencias, entre otras, de 11 de febrero de 1993 [rja 1459], 9 de abril de 1996 [rja 2912], 8 de julio de 1998 [rja 5545] y 26 de julio de 1999 [rja 6777])».

8.4. Extensión del daño resarcible: deudor culposo y doloso

El Código para determinar la extensión del daño resarcible distingue entre el deudor de buena fe y el deudor doloso (art. 1.107). En el primer supuesto habrá que equiparar al deudor de buena fe con el deudor culpable, y en el caso del doloso se asimilará al deudor de mala fe. Además conforme al citado precepto los daños y perjuicios susceptibles de indemnización se amplían en el caso de que el deudor doloso, ya que este consciente y deliberadamente ha hecho caso omiso de la obligación que sobre él pesa. La gravedad del dolo en el cumplimiento, en relación con la culpa, justifica sobradamente el diferente ámbito y extensión del resarcimiento en uno y otro caso (Lasarte, 2007).

Las reglas legales al respecto son concretamente, estas:

A) Deudor de buena fe o culposo
Responderá de los daños y perjuicios que se hubieran previsto o podido prever al tiempo de constituir la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento

(art. 1.107.1º). En este caso la indemnización se circunscribe a los daños que fuesen consecuencia directa e inmediata del incumplimiento (Lacruz, 1999).

B) Deudor de mala fe o doloso
Habrá de responder de todos los daños y perjuicios que, conocidamente, se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1.107-2º).Se trataría del resarcimiento integral, incluyendo aquellos daños indirectos y no previsibles al tiempo de constituirse la obligación (Lacruz, 1999).

LECTURAS RECOMENDADAS

Álvarez Vigaray, R: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento,* Granada, Comares, 2003.
Clemente Meoro, M.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
Cristóbal Montes, A.: «La resolución del contrato por incumplimiento», adc, Vol. 34, nº 2, 1981, págs. 485-496.
Espiau Espiau, S.: «Daño moral. concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño moral y responsabilidad por incumplimiento contractual», *ccjc,* nº, 54, 2000, págs. 1277-1288 y «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual» en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* (coord. A. Cabanillas Sánchez), Vol. 2, *Derecho civil, derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 1789-1798.
Díez-Picazo, L. : *Los incumplimientos resolutorios,* Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2005.

Tema 6
Garantías del derecho de crédito

1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

1.1. Concepto de responsabilidad patrimonial universal

Al analizar los elementos que integran la obligación, se ha dicho que esta presenta dos elementos fundamentales: el débito y la responsabilidad. En el Código Civil el concepto del débito aparece recogido en el artículo 1.088: «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa», mientras que el principio de la garantía o responsabilidad patrimonial, por el cual el patrimonio del deudor constituye la garantía del derecho de crédito, está recogido en el artículo 1.911: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros» (Castán, 1992).

El débito consiste en la prestación que el deudor tiene el deber de cumplir y el acreedor el derecho de recibir. La responsabilidad constituye a un mismo tiempo la sanción por el incumplimiento –total o parcial– de la prestación y el medio de realización coactiva del derecho del acreedor (Puig Brutau, 1986). La responsabilidad permite alcanzar una satisfacción o su equivalencia (Castán, 1992), al actuar sujetando el patrimonio del deudor a las consecuencias que el ordenamiento señala en caso de infracción del deber de prestación (Montés Penadés, 1994).

La responsabilidad universal no solo actúa de modo directo cuando se produce un incumplimiento, sino que también indirectamente constituye una garantía (en sentido impropio), ya que la existencia de bienes en el patrimonio del deudor da cobertura y seguridad al crédito (Montés Penadés, 1994). No hay que olvidar que el acreedor, al contratar, ha tenido en cuenta la solvencia económica del deudor, es decir, la cuantía y solidez de su patrimonio (Borda, 1993).

1.2. Características de la responsabilidad patrimonial

El patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores, de modo que la masa de bienes responde por las deudas del titular (Borda, 1993). La responsabilidad universal constituye una garantía general, que la ley establece en beneficio del acreedor sobre todos los bienes del deudor, cuya finalidad es la de conseguir mediante la ejecución la obtención de lo debido (*in natura*) o su equivalente económico (Castán, 1992).

La garantía patrimonial universal presenta las siguientes características (Castán, 1992):

1º La garantía se extiende a todos los bienes, presentes y futuros, del deudor; de tal modo, que este puede dirigir la ejecución no solo contra los bienes que se encontraban en el patrimonio del deudor cuando este contrajo la obligación, sino también contra todos los que entren a formar parte de dicho patrimonio con posterioridad (art. 1.911).

Ej. Aunque un deudor sea insolvente en el momento de ejecutarse la sentencia a favor del acreedor, si posteriormente gana un premio de lotería verá como la responsabilidad patrimonial por las deudas anteriores también se extiende a ese nuevo dinero. El deudor seguirá respondiendo mientras no prescriba la acción del acreedor y desaparezca la garantía.

2º La garantía en principio no se extiende a aquellos bienes que antes del momento de la reclamación del acreedor hayan salido del patrimonio del deudor. Si bien se conceden al acreedor, en el artículo 1.111, acciones para hacer que vuelvan al patrimonio de su deudor los bienes que anteriormente hayan sido enajenados fraudulentamente (acción pauliana o revocatoria).

3º No se extiende tampoco la garantía a derechos que correspondan al deudor y no tengan valor económico o, teniéndolo, esté vinculado su ejercicio a la persona del deudor (derechos personalísimos). Así se deduce del artículo 1.111, al excluir del ámbito de la autorización que se concede al acreedor para ejercitar los derechos del deudor, aquellos que sean inherentes a su persona.

4º Esta garantía no recae sobre bienes determinados sino sobre todo el patrimonio en general: no existe una vinculación especial de bienes concretos a la satisfacción de determinadas deudas.

2. DERECHOS ACCESORIOS DE GARANTÍA

2.1. Concepto de garantía

La garantía general, representada por la responsabilidad patrimonial universal, no basta para tutelar debidamente el cumplimiento de la obligación, pues son muchas las contingencias que pueden obstaculizar la satisfacción del derecho de crédito (Castán, 1992). Entre otras circunstancias están la pasividad del deudor, la enajenación fraudulenta de sus bienes, la generación de nuevas deudas, etc.

Además de la garantía general, el acreedor puede disponer de las garantías en sentido estricto que consisten en un refuerzo del crédito a efectos de seguridad, de modo que añaden un plus a la responsabilidad del deudor establecida por el artículo 1.911 cc. De modo que constituyen una ampliación del poder de agresión del acreedor (Lacruz, 1999). La garantía en sentido estricto al constituir un derecho subordinado al crédito, supone que aquel funciona como derecho principal y la garantía como derecho accesorio (Díez-Picazo, 2008). Esta garantía en sentido estricto por constituir una facultad o derecho que se añade al crédito para asegurar su satisfacción también ha sido denominada por la doctrina como garantía en sentido propio, mientras que la resolución universal constituye una garantía en sentido impropio (Montés Penadés, 1994).

2.2. Clases de garantías

La función de la garantía es la de incentivar el cumplimiento voluntario de la obligación y asegurar, en su defecto, su cumplimiento forzoso; para lo cual la Ley establece un amplio abanico de medios especiales, de tutela y garantía del crédito que pueden agruparse en tres categorías de derechos de garantía (Castán, 1992): garantías personales y reales; medidas conservativas y ejecutivas, y finalmente, garantías legales o convencionales.

2.2.1. Garantías personales y reales

Según la naturaleza del derecho que se concede al acreedor para reforzar la seguridad de su crédito las garantías pueden ser personales o reales. La contraposición entre ambas categorías no coincide exactamente con la de los derechos de una y otra especie (Castán, 1992).

a) Concepto de garantías personales. Las garantías personales atribuyen al acreedor una facultad o derecho que se dirige hacia el patrimonio del deudor o de un tercero. De este modo aumenta la posibilidad de satisfacción del interés del acreedor al disponer de dos patrimonios como garantía (Montés Penadés, 1994).

b) Clases de garantías personales. Entre las principales garantías personales figuran:

1. La fianza u obligación, subsidiaria o principal, contraída por un tercero.
2. El aval cambiario.
3. La cláusula penal o estipulación de una pena contra el propio deudor para el caso de incumplimiento (arts. 1.152 y ss. CC).
4. La solidaridad en función de garantía.

c) Concepto de garantías reales. La garantía real otorga al acreedor un derecho subjetivo sobre un concreto bien del deudor o de un tercero. Este poder goza de la protección característica de todo derecho real como la inmediatividad y la eficacia *erga omnes* (Montés Penadés, 1994).

d) Clases de garantías reales. Las principales garantías reales son:

1. Los depósitos constituidos como caución de determinadas obligaciones.
2. Las arras o señal, que consisten en la entrega de un objeto o cantidad que pierde o devuelve dobladas el que no cumple (art. 1.454).
3. El derecho real de prenda.
4. El derecho real de hipoteca
5. El derecho real de anticresis.
6. El derecho de retención.
7. El embargo preventivo de bienes y todas las medidas cautelares que se establecen en el art. 727 y ss. de la LEC.[1]
8. La anotación preventiva (arts. 42 y ss. de la Ley Hipotecaria).
9. Los privilegios, o sea, el beneficio que la ley otorga a ciertos créditos para ser satisfechos, con preferencia a otros, sobre los bienes del deudor, también constituyen una forma de garantía del crédito, en cuanto aseguran la satisfacción del mismo.

---

1. El art. 727 LEC establece que: «Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

1ª El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.
Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

2ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de esta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.

3ª El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.

4ª La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.

5ª La anotación preventiva de demanda, cuando esta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

6ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

7ª La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

8ª La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9ª El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10ª La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

11ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

2.2.2. Medidas conservativas

Se denominan medidas conservativas a las que permiten al acreedor impedir que el patrimonio del deudor disminuya, y procuran conservar íntegros los derechos y bienes de tal patrimonio. La razón de ser estas medidas se encuentra en que el deudor puede burlar el derecho de garantía legal que el art. 1.911 del Código reconoce a sus acreedores sobre todos los bienes, presentes y futuros, ya por simple omisión, dejando de cobrar sus créditos (dejando de ejercitar derechos y acciones), o ya por acción, transmitiendo fraudulentamente sus bienes a otras personas para así disminuir su patrimonio (Castán, 1992).

Las medidas conservativas ejercen una función de tutela preventiva del patrimonio del deudor a través de una triple vía (Montés Penadés, 1994):

a) Produciendo el ingreso en el patrimonio del deudor de algunos bienes o derechos (activos patrimoniales) que el deudor había descuidado u olvidado reclamar. Esta es la misión de la acción subrogatoria (art. 1.111).

b) Impidiendo que salgan del patrimonio del deudor ciertos bienes. Esto es lo que puede conseguirse a mediante el secuestro o depósito judicial (art. 1.786 cc).

c) Logrando que determinados bienes que ya habían salido del patrimonio del deudor, en perjuicio de sus acreedores, se reintegren al mismo y queden sujetos a la acción ejecutiva del deudor. Esta es la finalidad de la acción revocatoria o pauliana (art. 1.111).

2.2.3. Medidas ejecutivas

Se denominan así aquellas medidas en cuya virtud el acreedor puede conseguir la realización de crédito.[2] Las vías ejecutivas tienden a hacer efectiva la responsabilidad del deudor, bien sea obligándole a cumplir su obligación en especie, bien compulsándole a pagar daños y perjuicios. Las medidas ejecutivas, según Borda (1993), son:

1. individuales, como la acción intentada por cada acreedor por separado en defensa de sus intereses (arts. 1.101 y 1.124 cc); y
2. colectivas, como el «concurso» de acreedores.

2.2.4. Garantías convencionales y legales

Las garantías también pueden clasificarse en convencionales y legales, según se deriven directamente de la ley o del pacto. Algunas solo pueden dimanar de la ley, como ocurre con los privilegios o el derecho de retención; otras pueden proceder de ambas fuentes (hipotecas legales, hipotecas convencionales); otras son siempre convencionales (arras, cláusula penal, anticresis).

2. Según el diccionario de la RAE la expresión realizar también significa: «Vender, convertir en dinero mercaderías u otros bienes».

3. LA CLÁUSULA PENAL

3.1. Concepto

La cláusula penal puede definirse como la «*obligación accesoria* que las partes agregan a una obligación principal, al objeto de *asegurar el cumplimiento de esta*, imponiendo a cargo del deudor una *prestación especial* (generalmente consiste en pagar una suma de dinero) para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado» (Castán, 1992). La cláusula penal puede sancionar todas las clases de incumplimiento: el total, el parcial, el defectuoso o el moroso (Pérez Álvarez, 2000). La denominación cláusula penal presupone que esta consiste en una estipulación que forma parte de un contrato principal. Esta figura también se utiliza en el tráfico jurídico como un negocio separado del principal, en cuyo caso recibe el nombre de pena convencional (Montés Penadés, 1994).

El origen histórico de la cláusula penal está en la *stipulatio penae* del Derecho romano, que se ideo como medio de obligar a los deudores a cumplir con sus obligaciones (Borda, 1993).

La cláusula penal también se regula en el art. 56 Ccom. al establecer que: «En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de Derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de esas acciones quedará extinguida la otra a no mediar pacto en contrario». Este precepto, al igual que hace el art. 1.153 cc, prohíbe, salvo pacto, exigir a la vez la pena y el cumplimiento de la obligación principal.

3.2. Características

Las notas características de la cláusula penal son las siguientes:

1º En una garantía de tipo personal y de origen convencional.
2º Es una obligación de carácter accesorio, como toda garantía, agregada convencionalmente a una obligación principal para reforzarla. De la nota de accesoriedad el artículo 1.155 cc extrae las siguientes consecuencias: *a*) «la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal» (art. 1.155, apartado 2), *b*) En cambio «la nulidad de la cláusula penal no supone la nulidad de la obligación principal» (art. 1.155, apartado 1).
3º El objeto esta cláusula es por lo general una prestación pecuniaria (Pérez Álvarez, 2000).
4º La cláusula penal es de carácter condicional, solo funciona en el caso de que el deudor no cumpla o cumpla defectuosamente la obligación principal (Borda, 1993). Pudiendo afectar a todas las que se deriven de un contrato o solo a alguna de ellas (generalmente la de pagar el precio en la compraventa).
5º Tiene carácter subsidiario, puesto que el objeto principal del contrato sigue siendo siempre la obligación principal (Borda, 1993). Lo que supone que el deudor: *a*) salvo pacto en contrario, no puede eximirse a cumplir la obligación pagando. *b*) El acreedor no puede pedir al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena, salvo en el caso en que la cláusula penal se hubiera impuesto para el caso de mora o que se hubiera pactado que el pago de la pena no extingue la obligación principal.
6º Constituye una excepción al régimen general de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones ya que constituye un mecanismo diferente.
7º Se suele utilizar en contratos cuyo cumplimiento está sometido en cierto modo al factor tiempo (Montés Penadés, 1994).

8º La cláusula penal tiene que interpretarse restrictivamente. Según la STS 20 diciembre 2006 (RJA 2007/388) la cláusula penal dado su carácter sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva y así lo ha proclamado la jurisprudencia de esta Sala (ss. 8 febrero 1993 [RJ 1993, 690], 12 diciembre 1996 [RJ 1996, 8976], 23 mayo [RJ 1997, 4322] y 25 noviembre 1997 [RJ 1997, 8400], entre otras).

3.3. Funciones de la cláusula penal

La cláusula penal con carácter general tiene una doble finalidad:

1º Función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar una pena que generalmente es más alta que la que se alcanzaría mediante la indemnización por incumplimiento (Montés Penadés, 1994). En este sentido la pena convencional refuerza el vínculo obligatorio y estimula a su cumplimiento normal.

Ej. Para el acreedor que ha calculado que los daños y perjuicios que se le pueden derivar del incumplimiento de la obligación ascienden a 1.000 €, supone una ventaja el establecer una cláusula penal de 2.000 € para el caso de incumplimiento, de ese modo la cantidad fijada como pena supera en realidad la cuantía de los daños.

2º Fijar por anticipado la cuantía de los daños y perjuicios, evitando las dificultades de la posterior prueba de la existencia del daño y de su cuantificación (Borda, 1993).

3.4. Modalidades de cláusula penal

La cláusula penal admite distintas variantes, de modo que las partes pueden configurarla como:

1º Pena liquidatoria, también llamada sustitutiva o compensatoria. En este caso la cláusula se utiliza para evaluar por anticipado los perjuicios que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación. La cláusula penal sustituye a la indemnización de daños al actuar como una liquidación previa. En este caso la ventaja para el acreedor consiste en que no necesita probar la existencia de esos daños ni tampoco su cuantía, solo la existencia del incumplimiento.

Este tipo de cláusula penal no supone una mayor garantía de cumplimiento para el acreedor, ni una agravación especial de la condición del deudor incumplidor, salvo la que deriva de facilitar extremadamente el resarcimiento del acreedor, liberándose de la carga de la prueba de los extremos señalados (carga que le correspondería en juicio).

La regla general es que la cláusula penal tenga una función «sustitutiva o liquidatoria», así se deduce del contenido del art. 1.152-1 CC cuando establece que: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado».

Esta función sustitutiva es la que le reconoce la STS 20 diciembre 2006 (RJA 2007/388) cuando dice: «El artículo 1.101 del Código Civil sujeta al deudor a la indemnización de daños y perjuicios causados no solo cuando incurriere en dolo, negligencia o morosidad, sino también cuando de cualquier modo contraviniere al tenor de aquella; indemnización que queda

sustituida por la pena cuando así se ha establecido al contraer la obligación si otra cosa no se hubiere pactado, según dispone el artículo 1.152 del mismo código».

2º Pena con función punitiva, estrictamente penal o como pena cumulativa. En este caso el acreedor podrá pedir, en el supuesto de incumplimiento de la obligación principal, los daños y perjuicios causados y de forma acumulada la cláusula penal. Se denomina cumulativa porque cumple las dos funciones de garantía y punitiva. Para que la cláusula penal sea cumulativa a la acción de daños y perjuicios es preciso la existencia de pacto expreso (arts. 1.152.1 y 1.153, *in fine*).

La STS 28 septiembre 2006 (RJA 6390) establece que «La función esencial de la cláusula penal, como explica la sentencia de 12 de enero de 1999 (RJ 36), es la liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios, y solo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal».

3º Pena con función de desistimiento, pena facultativa o multa penitencial. En este supuesto la cláusula penal cumple la función de facilitar el desistimiento de la obligación principal, permitiendo al deudor eximirse del cumplimiento de dicha obligación pagando el importe de la pena (art. 1.153 CC). Esta modalidad de cláusula también requiere de pacto expreso.

La mayoría de los autores estima que la pena de arrepentimiento no constituye propiamente de una cláusula penal (PÉREZ ÁLVAREZ, 2000), puesto que no garantiza el cumplimiento de la obligación principal ni tampoco agrava la situación del deudor, ni siquiera penaliza, en sentido estricto, el incumplimiento; se trata como mucho de una cláusula penal desnaturalizada.

3.5. Facultad moderadora de los jueces

El juez puede modificar la pena convencional en algunos supuestos, según el art. 1.154 del CC: «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

A) Alcance de la facultad moderadora

La jurisprudencia entiende que la moderación solo procede en el caso de que la pena solo se hubiese previsto para un incumplimiento total, y el incumplimiento que se ha producido ha sido parcial. Pero si la cláusula también se previó para el caso de incumplimiento parcial ya no cabe ningún tipo de moderación.

La STS 20 diciembre 2006 (RJA 2007/388) establece que «la moderación prevista en el artículo 1.154 del CC no procede cuando precisamente la pena se ha establecido en contemplación a un supuesto de incumplimiento parcial o por el retraso en el cumplimiento. La sentencia 4 de junio de 2006 (RJA 3133) afirma que: «es doctrina constante de esta sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 2001 (RJA 6191), 22 de octubre de 2002 (RJA 8777), 5 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8786) y 3 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7099), que cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1.154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, "la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento

total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis", porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes».

B) Otros supuestos de aplicación de la facultad moderadora

La facultad moderadora del juez no solo se aplica en el caso de la cláusula penal, puesto que el art. 1.103 establece que «la responsabilidad que proceda de negligencia [...] podrá moderarse por los tribunales según los casos» lo que supones que como norma general es aplicable a cualquier tipo de obligaciones.

3.6. Distinción con las arras

La cláusula penal y las arras presentan muchas coincidencias, pero la finalidad de esta última no siempre es de garantía como la de la cláusula penal, pues puede ser simplemente la de dejar una prueba o señal de la celebración del contrato; y, por otra parte, mientras la cláusula penal supone una obligación accesoria que se establece para el supuesto futuro de que no se cumpla la obligación principal, las arras implican la efectiva entrega de una cosa o cantidad al tiempo mismo de la celebración del contrato principal[3] (Castán, 1992).

4. EL DERECHO DE RETENCIÓN

4.1. Concepto

El derecho de retención es una garantía concedida por la Ley a ciertos acreedores que le otorga la facultad de conservar la cosa del deudor de la que ya se encuentran en posesión, hasta que sean satisfechos de ciertos créditos relacionados con la cosa retenida (Castán, 1992). La retención es una garantía especial, puesto que constriñe al deudor a cumplir si quiere recuperar la cosa (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Ej. El dueño de un taller de reparación de automóviles tiene la facultad de retener el vehículo de un cliente hasta que este le abone el importe de la reparación. Como quiera que su derecho tiene origen legal no prosperarán contra él las denuncias por robo o apropiación indebida que por generalmente suelen presentar algunos propietarios para intentar recuperar su vehículo.

4.2. Elementos del derecho de retención

Los elementos del derecho de retención son los siguientes (Castán, 1992):

a) retención de una cosa ajena.
b) un crédito del retenedor contra el acreedozr de la entrega.
c) un vínculo o conexión entre el crédito y la cosa.

4.3. Supuestos contemplados en el cc

El Código no regula con carácter general el derecho de retención, es decir, como una institución jurídica de perfiles propios, si bien lo contempla en varios preceptos (Castán, 1992). Esto se debe a que el crédito que posibilita la retención tiene distintos orígenes (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En el cc encontramos los siguientes supuestos de retención:[4]

3. Vid. Tema 19. «La compraventa», §9. «Los pactos en la compraventa». 9.2. «El pacto de arras».
4. En Cataluña está vigente la Ley 22/1991, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble.

1. El *poseedor de buena fe* vencido en juicio por el propietario el derecho de retener la cosa en su poder hasta que se le satisfagan los gastos necesarios y útiles a que tiene derecho (artículo 453).
2. El *usufructuario* o sus herederos tienen el mismo derecho de retener hasta reintegrarse con los productos, de los gastos hechos en reparaciones extraordinarias o por otros conceptos. (arts. 502 y 522).
3. El *que ejecuta una obra en cosa mueble* tiene derecho a retenerla hasta que se le pague el precio para ello convenido (art. 1.600). Ej. Reparaciones de electrodomésticos.
4. El *mandatario* puede retener las cosas objeto del mandato hasta que el mandante le satisfaga las cantidades que deba reembolsarse o los perjuicios de que deba indemnizarle (art. 1.730).
5. El *depositario* puede retener la cosa depositada hasta el completo pago de los que se le deba por razón del depósito (art. 1.780).
6. El *acreedor pignoraticio* que adquiriese un nuevo crédito contra el mismo deudor antes de haberse extinguido el primero, tiene el derecho de retener la prenda hasta que se le satisfagan ambos créditos (art 1.866-2º).

La STS 16 febrero 2004 (RJA 1415) estima que: «Los supuestos legales de retención han de interpretarse restrictivamente por su carácter excepcional, como lo es el reconocimiento de un derecho de auto-protección del acreedor para asegurarse el pago de una obligación».

4.4. Efectos

El derecho de retención es una simple facultad que permite a su titular la detentación de una cosa ajena por virtud de este título y no por virtud del que se tenía anteriormente (mandato, usufructo, etc.) (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La retención produce efectos *erga omnes*, de manera que el retenedor puede negarse a la restitución de la cosa no solo ante el deudor, sino también ante cualquier tercero, le hayan sido pagadas totalmente las deudas que generaron la retención. No obstante, la doctrina estima que no se trata de un derecho real sino obligacional (Pérez Álvarez, 2000).

Este derecho, a diferencia de lo que sucede con la prenda, no autoriza a su titular a realizar el valor (venta en pública subasta) de la cosa retenida, ni supone tampoco un derecho de preferencia para el cobro.

En ese sentido la SAP Toledo 22 enero 1994 (AC 123) establece que la retención es un: «derecho diverso del derecho real de prenda sin facultad de realización del valor de la cosa retenida pero con poder necesario para recuperar el bien *ius persequendi*.

El retenedor es un poseedor de la cosa, protegido por la ley (art. 446), que está obligado a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia y no podrá usar ni disponer de ella (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

5. LAS SANCIONES SUBROGATORIA Y REVOCATORIA

5.1. Las medidas conservativas del patrimonio del deudor

Las acciones subrogatoria y revocatorias son medidas conservativas porque que tienden a mantener integro el patrimonio del deudor, que constituye la garantía del acreedor, impidiendo que valores integrantes de dicho patrimonio salgan del mismo o que valores debidos a este no entren en él por negligencia o dolo del deudor (Castán, 1992).

Para remediar las situaciones descritas y evitar la disminución del patrimonio del deudor, la ley concede dos acciones al acreedor: la acción subrogatoria (o indirecta) y la acción revocatoria (o pauliana). Ambas acciones están contempladas en el artículo 1.111 cc al establecer que: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona [acción subrogatoria]; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho [acción revocatoria]».

La acción subrogatoria permite reaccionar contra una simple conducta pasiva por omisión del deudor que no ejercita los derechos que tiene en su haber y que habían de producir un aumento de su patrimonio (Castán, 1992). Mediante su ejercicio se ejercitarán aquellos derechos y acciones que no lo fueron por el deudor.

La acción revocatoria está prevista para el supuesto de una actividad fraudulenta del deudor, que se desposee de sus bienes (Castán, 1992). Su ejercicio permite la impugnación de los actos fraudulentos cometidos por el deudor.

Las dos acciones, a pesar de tener una finalidad coincidente, evitar la disminución de la garantía ex art. 1.911 cc, difieren profundamente por tener diferente naturaleza jurídica así como un diferente régimen jurídico para su ejercicio. En la primera, el acreedor, ejercita un derecho ajeno, puesto que está ejercitando los derechos y acciones propios del deudor, mientras que en la acción revocatoria se está actuando *iure propio* (ejercitando un derecho propio) (Castán, 1992). De ahí que la doctrina estudie ambas figuras por separado.

5.2. La acción subrogatoria o indirecta

5.2.1. Concepto

La acción subrogatoria ha sido definida como «el recurso que la ley concede al acreedor que no tenga otro medio de hacer efectivo su crédito, para ejercitar los derechos y acciones no utilizados por el deudor, cuando no sean de carácter personalísimo» (Castán, 1992). Ej. Acciones de reclamación, créditos contra terceros, facultades de cobro, etc.

> Ej. Si A tiene a su favor una deuda de 10.000 € (crédito 1) contra B y este carece en la actualidad de cualquier tipo de bien, salvo una deuda no cobrada contra C por un importe de 15.000 € (crédito 2). Es evidente que si B no le reclama a C el acreedor A no va a poder cobrar porque en el patrimonio de su deudor no existen bienes contra los que dirigirse.

Se le llama también acción indirecta u oblicua, porque el acreedor cuando se dirige contra los terceros, deudores de su deudor, no lo hace directamente, utilizando un derecho propio, sino que lo hace de modo indirecto puesto que tiene que utilizar un derecho del que es titular su deudor inmediato.

> Ej. Cuando A se dirige contra C, no está ejercitando su propio derecho (crédito 1), sino el derecho de B (crédito 2), de modo que los 15.000 € entrarían primero en el patrimonio de B, y posteriormente transitarían al patrimonio de A cuando este ejercitarse el (crédito 1). Con el consiguiente peligro de que si existen otros acreedores de B, también tendrían derecho sobre esos bienes que han entrado en su patrimonio a expensas del esfuerzo de A.

El fundamento de esta institución no es otro que el principio de la garantía patrimonial concedida a los acreedores por el artículo 1.911 del Código Civil. Se trata de evitar el perjuicio que la inacción del deudor puede proporcionar al acreedor, llegando a hacer vana aquella garantía (Castán, 1992).

5.2.2. Naturaleza jurídica

Son muchas las teorías sobre la naturaleza de esta figura, si bien la doctrina más usual entiende que se trata de un caso de representación del deudor por su acreedor, el cual ejercita en nombre de aquel sus derechos, pero en interés del propio acreedor.

Puig Peña (1973) estima que constituye un caso de sustitución procesal, en que se hace valer un derecho por quien no es su titular.

5.2.3. Requisitos para el ejercicio de la acción subrogatoria

1º Que el que intente utilizarla ostente un derecho de crédito contra el deudor.

2º Que el acreedor tenga *interés* en ejercitar el derecho o acción del deudor, como medio para realizar su propio crédito.

3º La acción subrogatoria es un recurso subsidiario y no podrá ser utilizado si en el patrimonio efectivo del deudor hay bienes suficientes para satisfacer al acreedor. Esta exigencia resulta de los términos mismos del artículo 1.111, que solo confiere la facultad de que se trata a los acreedores a después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debes (principio de previa *excusión* de los bienes).

La jurisprudencia ha suavizado el requisito de la insolvencia del deudor. Así la STS 26 febrero 2002 (RJA 1909) establece que: «según doctrina jurisprudencial consolidada [...] el ejercicio por el acreedor de dicha acción [subrogatoria ex art. 1.111] no implica la necesidad de probar la total insolvencia de su deudor, ni exige que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo, pues se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción subrogatoria».

4º Que los derechos y acciones que el deudor tiene abandonados, de haber sido ejercitados hubieran producido un aumento en su patrimonio (Pérez Álvarez, 2000).

5º Que los derechos y acciones del deudor que este maliciosa o negligentemente no ejercite, puedan ser ejercitados por el acreedor. Nuestro Código Civil excluye así del ámbito de la acción subrogatoria los derechos y acciones que tengan carácter personalísimo.

5.2.4. Efectos

El efecto característico de la acción subrogatoria se produce en dos fases (Lacruz, 1999):

1) En primer lugar, se produce un incremento del patrimonio del deudor (B), como consecuencia de que su acreedor (A) ha ejercitado un derecho que le es ajeno (el crédito n° 2) contra los deudores (C) del primero. En este sentido se dice que la acción subrogatoria tiene naturaleza conservativa, por permitir que ingrese en el patrimonio del deudor el importe de una crédito que no reclamó en su día, y además se dice que la acción es indirecta u oblicua porque el beneficio que se ha obtenido no se ha ingresado directamente en el patrimonio de quien la ejercitado (A) sino en él de la persona que permaneció ociosa (B).

2) En una segunda fase, el acreedor podrá satisfacer su deuda a costa del ahora incrementado patrimonio del deudor (en el que ha ingresado el crédito n° 2). Pero para ello el acreedor (A) tendrá que ejercitar su propio derecho (crédito n° 1) contra B que merced al ejercicio de la acción subrogatoria ha dejado de ser insolvente.

La acción subrogatoria no concede al acreedor que la ejercita ningún tipo de privilegio o ventaja sobre el resto de acreedores del deudor, de modo que –en su caso- tendrá que compartir con aquellos el producto de lo obtenido con el ejercicio de esta acción.

El plazo de prescripción de la acción subrogatoria dependerá del que tenga el derecho o acción (del deudor) que se ejercite.

Los efectos de la acción subrogatoria aparecen nítidamente descritos en la STS 25 noviembre 1996 (RJA 9119): «... ejercitada en la demanda la acción subrogatoria que al acreedor concede el art. 1.111 CC para ejercitar los derechos y acciones que su deudor tiene frente a terceros, «ejercitando los derechos y acciones de este que tiene abandonadas y habían de producir un aumento en su patrimonio». Dice la sentencia de 26 abril 1962 (RJA 1709) que: «el efecto de esta acción es la de obtener un incremento del patrimonio del deudor a fin de conseguir la satisfacción del crédito; una vez producido ese incremento patrimonial, el acreedor podrá y deberá exigir de su deudor el pago, sin que en este procedimiento pueda hacerse entrega a la actora de las cantidades que los demandados adeudan ya que la acción subrogatoria no es una acción directa sino, como dice la doctrina científica, una acción oblicua, por lo que las cantidades así obtenidas pasan a engrosar el patrimonio del deudor sin que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria ostente, por esa razón, preferencia alguna en la satisfacción de su crédito».

5.3. La acción directa

5.3.1. Concepto

En contraposición a la acción subrogatoria, indirecta u oblicua, establecida por el artículo 1.111 y de la que acabamos de hablar, se llama acción directa a la que compete en ciertos casos a los acreedores para reclamar, en su propio nombre, del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito (Castán, 1992).

En la acción directa el acreedor (A) está utilizando un derecho propio contra los deudores (C) de su deudor (B), lo que permite que lo obtenido mediante el ejercicio de esta acción ingrese directamente en el patrimonio del acreedor sin tener que transitar por él del deudor como sucede con la acción subrogatoria, en la que se ejerce un derecho ajeno.

5.3.2. Regulación legal

Aunque la acción directa es una institución con perfiles propios, el CC no la regula expresamente como una categoría autónoma, si bien contempla varias manifestaciones de esta figura.

El supuesto el 1.722 CC, que concede en ciertas hipótesis acción al mandante contra el sustituto; el 1.552 CC, al arrendador contra el subarrendatario; el 1597 CC, a los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, contra el dueño de la obra, hasta la cantidad que este adeuda a aquel.

La jurisprudencia también ha otorgado acción directa a los segundos adquirentes de vivienda para dirigirse contra el constructor, promotor, arquitecto y demás técnicos de la construcción, con base en el artículo 1.591 CC; esta acción ha alcanzado su reconocimiento legal en el art. 17.1 LOE. En la legislación especial también podemos encontrar varios supuestos de acción directa, destacamos por su importancia la del perjudicado contra el asegurador del art. 76 de la LCS (seguro voluntario); en el ámbito del seguro obligatorio tenemos la del perjudicado contra el asegurador de los arts. 3 y 11.3 del RD Legislativo 8/2004, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (modificado por la Ley 21/2007); finalmente están las del propietario contra el subarrendatario de los arts. 15 y 16 de la LAU/1964.

5.3.3. Caracteres

La acción directa supone una excepción a dos importantes principios. En primer lugar supone una excepción al «principio de relatividad contractual», puesto que permite dirigirse contra los deudores de su deudor con los que no ha contratado, y en segundo lugar supone una excepción al «principio de igualdad de los acreedores», puesto que lo obtenido con su ejercicio no ha de ser compartido con el resto de acreedores del deudor (B).

5.3.4. Ventajas de la acción directa

El ejercicio de la acción directa reporta las siguientes ventajas a su titular:

a) Simplificar los trámites procesales al no tener que ejercitarse en dos fases.
b) Favorece de manera inmediata a quien la ejercita, puesto que le permite apropiarse del valor obtenido por ella e ingresarlo directamente en su patrimonio. Esto evita tener que compartirlo con los demás acreedores del deudor como sucede con la subrogatoria (Lasarte, 2007).
c) Proporciona una garantía adicional a su titular al disponer de dos patrimonios contra los que dirigirse, el del deudor inmediato y el del subdeudor, puesto que la acción directa que se ejerce contra el tercero (C) es compatible con la acción de cumplimiento contractual contra el deudor inmediato (B) que se fundamenta en los arts. 1.101 y 1.124 CC.

5.4. La acción revocatoria

5.4.1. Concepto

Esta acción ha sido definida como «el poder jurídico concedido al acreedor para impugnar los actos que el deudor ha realizado en fraude de su derecho de crédito, cuando el patrimonio del acreedor sea insuficiente para la satisfacción del crédito» (Lacruz, 1999).

El Código aunque reconoce esta acción en el art. 1.111; sin embargo, desarrolla su régimen jurídico dentro de la doctrina general del contrato, en el marco de las acciones rescisorias de los arts. 1.290 y ss. Según este precepto los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley. El art. 1.291-3º contempla uno de aquellos supuestos cuando dice que: «Son rescindibles: 3. Los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe» (Castán, 1992).

5.4.2. Naturaleza jurídica

La doctrina científica contempla, la acción pauliana o revocatoria como una acción personal de tipo rescisorio, ya que el CC la incluye entre las rescisorias, y cuando la rescisión sea imposible, impone una obligación indemnizatoria (Roca Sastre, 1997). En ese sentido se manifiesta el art. 1.295 cuando establece que la rescisión no procede «cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe».

Esta acción además es de carácter subsidiario, a la que el acreedor solo puede recurrir cuando carezca de cualquier otro medio para lograr la efectividad de su crédito (art. 1.294 Código Civil).

5.4.3. Requisitos para su ejercicio

Los presupuestos del ejercicio de la acción son los siguientes (Ossorio Morales, 2006).

1º Que exista un crédito a favor del actor.

2º Que posteriormente, el deudor haya celebrado un acto de disposición patrimonial en beneficio de un tercero.

3º Que el acreedor resulte perjudicado por el acto dispositivo *(eventus damni)* y como consecuencia del mismo no pueda obtener la satisfacción de su crédito. El perjuicio consiste en la minoración del patrimonio que ahora resulta insuficiente para satisfacer su crédito.

4º Que el acto –oneroso o lucrativo– que se impugna sea fraudulento por haber sido otorgado por el deudor enajenante con el designio de sustraer bienes a la acción del acreedor *(consilium fraudis)*, y que el adquirente, caso de ser la enajenación onerosa, no ignore, al adquirir, el designio fraudulento del enajenante.

El art. 1.297 CC presume que los actos a título gratuito realizados después de contraída la obligación han sido realizado en fraude de acreedores. En cuanto a los actos a título oneroso el art. 1.297-2º presume que son fraudulentos los celebrados por el deudor después de haberse pronunciado contra él sentencia condenatoria en cualquier instancia o después de haberse expedido contra él mandamiento de embargo de bienes.

5º Que el actor no tenga otro medio de cobrar la deuda, ya que esta acción al igual que sucede con la acción subrogatoria también tiene carácter subsidiario.

El art. 1.294 CC –además del art. 1.111- establece que: «la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio».

La STS 30 enero 2004 (RJA 440) señala que la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso (sentencias 17 julio 2000 [RJ 2000, 5932] y 17 julio 2002 [RJ 2002, 6249]), ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia (SS. 29 marzo 2001 [RJ 2001, 4774] , 2 abril 2002 [RJ 2002, 2666]), como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (SS. 31 octubre 1994 [RJ 1994, 8005], 20 febrero [RJ 2001, 2606] y 19 septiembre 2001 (sic), 27 junio 2002 [RJ 2002, 5896]),

por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas (S. 9 mayo 2001 [RJ 2001, 3869]) o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.

La STS 30 enero 2004 (RJA 440) –entre muchas otras– contempla la acción revocatoria en un caso cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: Un matrimonio concertó con un banco una póliza de crédito con garantía personal por un límite de cuatro millones de pesetas, con vencimiento el 12 de noviembre de 1992 que no fue satisfecho. Los cónyuges por escritura pública de 11 de noviembre de 1992, donaron determinadas fincas registrales a sus hijos. El 20 de noviembre de 1992 el marido Rafael solicitó la declaración de suspensión de pagos como comerciante individual, la cual se tuvo por solicitada.

El TS en el motivo 5º establece que concurren los requisitos para la prosperabilidad de la acción rescisoria pauliana:

> *a*) Consta la existencia de un crédito a favor de la entidad actora contra los demandados -cuya cuantía se reconoció en la Sentencia del Juzgado que en tal particular devino firme al no ser apelada por los demandados- (SS. 7 abril 2000 (sic), 29 marzo [RJ 2001, 4774] y 19 septiembre 2001 [sic], entre otras); *b*) Hay una efectiva transmisión de bienes por los deudores a terceros con posterioridad a la generación de la deuda (SS. 7 abril 200 (sic); 29 marzo 2001), –con independencia de que en determinados casos cabe ejercitar la rescisión aun siendo la enajenación anterior; *c*) Existe perjuicio del acreedor –*eventus damni*– por la falta de solvencia de los deudores y carencia de otro recurso legal para hacer efectivo el crédito -imposibilidad de cobrar-; y, *d*) Finalmente, concurre el carácter fraudulento de la enajenación por cuanto se trata de una donación, la cual se presume fraudulenta de conformidad con lo establecido en los arts. 643, párrafo segundo: «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella»– y 1297, párrafo primero: «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales del deudor enajenare bienes a título gratuito».

5.4.4. Efectos de la acción pauliana

El ejercicio de la acción revocatoria o pauliana produce los siguientes efectos (Castán, 1992):

En primer lugar deja sin efecto el acto impugnado. Es decir que se rescinde la enajenación fraudulenta y, por consiguiente, obliga a quien fue adquirente en ella a devolver lo recibido en virtud del acto que se rescinde (arts. 1.295 y 1.298 del Código Civil).

Si el adquirente que hubiese procedido de mala fe (es decir, con conocimiento del fraude), no pudiere, por cualquier causa, devolver las cosas enajenadas (especialmente porque las mismas se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe), está obligado a indemnizar a los acreedores los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado (art. 1.295.2º y 1.298). Los adquirentes de buena fe, sin embargo, no están obligados a devolver la cosa.

El art. 1.299 establece para la acción pauliana un plazo de prescripción de cuatro años.

LECTURAS RECOMENDADAS

ARNAU MOYA, F.: *Acción directa y vinculación contractual,* en línea: http://www.tdx.cbuc.es, 2003.

CRISTÓBAL MONTES, A.: «Condiciones de la acción subrogatoria», RDP, nº 84, 2000, págs. 539-610.

DÍEZ-PICAZO, L.: «Cláusula penal y resolución de contrato» en *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola,* Vol. 1, 2006, págs. 385-408.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A.: «Cláusula penal y facultad moderadora: comentario a la sentencia de 10 de mayo de 2001», AC, nº1, 1, 2002, págs. 267-279.

MACÍAS CASTILLO, A.: «Cláusula penal en contrato: facultad moderadora del juez», AC, nº 22, 2007, págs. 2688-2691.

Tema 7
La insuficiencia patrimonial y la concurrencia de acreedores

1. LA CONCURRENCIA DE ACREEDORES

1.1. La insolvencia patrimonial

La insolvencia es aquella situación de insuficiencia patrimonial en la que se encuentra el deudor cuando no puede atender al pago de todos sus acreedores, ni tan siquiera realizando todos sus bienes (Montés Penadés, 1994). El art. 2.2 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, define la insolvencia a los efectos de aquella ley al establecer que: «Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». Desde este punto de vista, es insolvente el deudor (Hernández y Altés, 2004):

> que cumple puntualmente las obligaciones, pero de modo irregular (v. gr.: consiguiendo medios para pagar a los acreedores a través de la liquidación apresurada y ruinosa de sus bienes), también lo es el deudor que, al menos, durante un cierto tiempo hasta que se produce el estrangulamiento económico y financiero, cumple regularmente las obligaciones pero sistemáticamente con retraso (impuntualmente), por tener un problema continuado de falta de tesorería, sin poner los medios necesarios para solucionar esa situación.

Cuando la situación de insolvencia del deudor afecta a varios acreedores, se plantean los siguientes problemas:

a) El del criterio y orden en que han de efectuarse los pagos entre los distintos acreedores; a esta cuestión responden el *principio de igualdad de los acreedores* y la institución de los *créditos privilegiados*.
b) El procedimiento para liquidar de forma ordenada el patrimonio del deudor, evitando que los acreedores más diligentes consigan cobrar antes que el resto. Esta ordenación da lugar al procedimiento de ejecución y liquidación colectiva que recibe el nombre de «concurso» de acreedores.

1.2. El principio de la igualdad de condición de los acreedores

Aunque el cc no lo haya establecido expresamente, todos los acreedores son, por regla general, de igual condición (*par conditio creditorum*) frente al patrimonio de un mismo deudor (Lasarte, 2007). Lo que se traduce en que si el patrimonio no es suficiente para satisfacer a todos, no es admisible que solo los más diligentes, y que más prisa se hayan dado puedan cobrar (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La solución consiste en establecer una comunidad de pérdidas para todos los acreedores y que estos cobren a prorrata con independencia de la antigüedad de sus créditos. Así se deduce del art. 1.929-3º cc: «Los créditos comunes a que se refiere el art. 1.925 se satisfarán sin consideración a sus fechas».

La *par conditio* es un principio general de reparto o distribución proporcional, fundado en que si cada uno de los acreedores tiene derecho, por igual, al conjunto de los bienes, justo es que todos ellos sufran proporcionalmente la reducción de sus créditos, cuando el patrimonio del deudor no baste para satisfacerlos por entero (Castán, 1992). Se considera que el principio de la *par conditio* descansa en el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 cc) que no hace distinción alguna entre los acreedores (Pérez Álvarez, 2000).

El principio de la *par conditio* es exclusivo del Derecho de obligaciones, puesto que en el ámbito del Derecho de cosas, los titulares de derechos reales, sí que gozan de un derecho de prioridad en el que rige el principio *prior tempore potior iure* (Montés Penadés, 1994). Lo anterior supone que el derecho

más antiguo es más fuerte, lo cual choca de plano con el principio de igualdad de los acreedores.
El principio de igualdad de los acreedores no tiene carácter absoluto y presenta toda una serie de excepciones:

a) La ley concede a determinados créditos un especial favor (privilegio), por lo que sus titulares gozan de un derecho de preferencia o prelación con respecto a los demás acreedores. De ahí que se distinga entre acreedores privilegiados y ordinarios (los que carecen de privilegio alguno).
b) Los titulares de un derecho real de garantía sobre algún bien del deudor también tienen preferencia sobre los otros acreedores.
c) Las acciones directas también suponen una serie de ventajas para determinados grupos de acreedores.

2. EL CONCURSO DE ACREEDORES

2.1. Concepto

El «concurso» consiste en un procedimiento de ejecución de carácter colectivo o universal que ha de seguirse ante el estado de insolvencia de un deudor, de modo que todos sus bienes quedan destinados, en principio, a satisfacer los créditos de la pluralidad de sus acreedores y de acuerdo con la solución (convenio o liquidación) que se diera al mismo (García Cruces, 2003).

El concurso permite a los acreedores realizar de manera ordenada y conjunta los bienes del deudor, de acuerdo con el principio de la *par conditio*, evitando de ese modo las ejecuciones singulares de cada uno de los deudores. Para efectuar esa liquidación del patrimonio del deudor para pagar a los acreedores, previamente habrá que reconocer sus créditos y confeccionar un orden de preferencia en el cobro de acuerdo con lo establecido por en la Ley (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Este procedimiento colectivo está sometido a la intervención judicial.

2.2. Regulación legal: la Ley 22/2003

El Derecho español establece en la Ley 22/2003, concursal un único procedimiento de persecución colectiva para cualquier clase de deudor, al margen de su condición (o no) de comerciante y tanto si es una persona física o jurídica.

Hasta la Ley 22/2003 Concursal, en nuestro país se regulaba de modo separado la insolvencia de comerciantes y no comerciantes, a los primeros se les aplicaba las instituciones de la suspensión de pagos y la de la quiebra (Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 y Código de Comercio), y a los no comerciantes el concurso de acreedores y el convenio de quita y espera (arts. 1.913 y ss. del Código Civil y 1.156 y siguientes de la lec).

La Ley 22/2003 ha supuesto la regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales (una norma única para comerciantes y no comerciantes) y procesales (procedimiento único) del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de Ley Orgánica, es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la Ley Concursal (Exposición de Motivos de la Ley).

La reforma concursal en realidad se articula en dos leyes: la citada Ley 22/2003, Concursal y Ley orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal. Por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2.3. Presupuestos subjetivos del concurso

La Ley Concursal permite que pueda ser declarado en situación de concurso «cualquier deudor, sea persona natural o jurídica» (art. 1.1 LC), independientemente de su condición de comerciante (E. de M.). También puede ser declarada en concurso la herencia mientras no sea aceptada pura y simplemente (art. 1.2 LC). Por el contrario, no pueden «ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público» (art. 1.3 LC). La ley de este modo ha consagrado el principio de unidad de presupuesto frente al doble sistema anterior –para comerciantes y no comerciantes- (Hernández y Altés, 2004).

La solicitud de declaración de concurso puede efectuarla el propio deudor o alguno de sus acreedores (arts. 2.3, 2.4 y 3.1 LC). En primer caso, el concurso recibe la denominación de voluntario y en el segundo la de necesario (art. 20 LC), esta diferente denominación también comportará una serie de consecuencias diferentes para cada tipo de concurso. No es posible la apertura de oficio del concurso o a instancia del Ministerio Fiscal (Hernández y Altés, 2004).

2.4. Presupuestos objetivos del concurso

El presupuesto general del concurso es la situación de insolvencia del deudor común (art. 2.1), independientemente de que lo insten los acreedores o el propio deudor, situación de insolvencia que ha de concurrir en el momento de declararse el concurso (Hernández y Altés, 2004). Es insolvente el deudor «que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (art. 2.2 LC), situación esta que supone «desbalance» en la que el activo del patrimonio del deudor es inferior al pasivo, además este está en situación de falta de crédito (Guillén Soria, 2004), todo lo cual supone para este la imposibilidad de cumplir las obligaciones «vencidas» (Hernández y Altés, 2004). Con relación al tiempo la insolvencia puede ser actual o inminente (art. 2.3), esta última posibilidad supone que el crédito todavía no está vencido y solo se admite por la ley cuando es el propio deudor quien insta el concurso (Hernández y Altés, 2004).

En el sistema de la nueva ley no se establece un régimen distinto según la insolvencia sea provisional o definitiva, o bien exista iliquidez transitoria o definitiva, como sucedía en el anterior sistema concursal (Hernández y Altés, 2004).

2.5. Clases de concurso

Los presupuestos para la solicitud de declaración del concurso, así como sus efectos varían según que presente la solicitud el deudor o sus acreedores. El concurso en el primer caso se denomina voluntario y el segundo necesario (art. 22 LC).

a) El concurso voluntario. En este caso es el propio deudor quien presenta la solicitud de declaración de concurso. La Ley le exige que justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (arts. 2.3 y 6.1 LC). Para el deudor pedir el concurso es una obligación. La obligación de pedir

el concurso, según el art. 5º.1 LC, empieza desde que el deudor conoce o debió conocer su situación de insolvencia, y dura dos meses; si el deudor no solicita el concurso se podrá estimar que ha actuado con dolo o culpa grave y el concurso se calificará, de acuerdo con el art. 164 LC, como culpable (Guillén Soria, 2004).

b) El concurso necesario. En este caso la declaración de concurso la incoa un acreedor, y deberá fundarla en título ejecutivo por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos (art. 2.4 LC):

1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4º El incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Los efectos para el deudor varían según la clase de concurso: en principio en el concurso voluntario el deudor conserva las facultades de administración, bajo intervención de los administradores, aunque el juez puede suspender su ejercicio. En el necesario no tendrá esas facultades (Guillén Soria, 2004).

2.6. Los órganos del concurso: la administración concursal

En la nueva ley, solo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento. La junta de acreedores únicamente habrá de constituirse en la fase de convenio cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada. La intervención como parte del Ministerio Fiscal se limita a la sección sexta, de calificación del concurso –como fortuito o culpable– cuando proceda su apertura, sin perjuicio de la actuación que se establece en esta Ley cuando intervenga en delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico (art. 169 LC y ss.).

A) El juez del concurso. El juez es el órgano rector del procedimiento; la competencia para conocer del concurso se atribuye a los nuevos Juzgados de lo Mercantil. Son facultades del juez: la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros; la acumulación de concursos; el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales; la graduación de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de créditos.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado.

B) *La* administración concursal. La administración concursal está constituida por un órgano colegiado, nombrado por el juez, que se encarga de gestionar el patrimonio del deudor concursado. En el caso del concurso voluntario se limitará a intervenir las operaciones del deudor, que conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Pero si se trata de un concurso necesario el órgano de administración sustituye al deudor al que se le han suspendido sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 40.1 y 2 LC) (GUILLÉN SORIA, 2004). Otras funciones de este órgano son la de redactar el informe de la administración concursal al que habrán de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas.

2.7. La masa del concurso

La masa activa estará integrada por todos los bienes del concursado que van quedar afectados a la satisfacción de los acreedores. Según el art. 76.1: «constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento».

Corresponde a la administración concursal de pronunciarse sobre la inclusión de todos los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. En la relación de los reconocidos, los créditos se clasificarán, conforme a la Ley, en privilegiados -con privilegio especial o general-, ordinarios y subordinados.

Para el cálculo de la masa activa habrá que realizar operaciones dirigidas a depurar los bienes y derechos que la integran. Por una parte están las operaciones de reducción de la masa de modo que habrá que excluir de misma aquellos bienes y derechos que, «aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables» (cfr. art. 76, 2 LC), tampoco deberán formar parte de la masa activa «los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención» (*separatio ex iure domini,* cfr. art. 80.1 LC). Igualmente, no puede olvidarse que, pese a su inclusión en la masa activa, en la misma pueden concurrir bienes o derechos vinculados a la satisfacción particular de ciertos créditos (vid. art. 90, 1-1º LC), pues «el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva» (art. 155.1 LC) (GARCÍA CRUCES, 2003).

Asimismo habrá que efectuar operaciones de reintegración concursal o de reintegración de la masa activa. De modo que la LC destaca que ciertos bienes, pese a no ser de titularidad del concursado, deben integrar la masa activa de su concurso, tal y como ocurre con los saldos que sean de titularidad indistinta y en la que participa el concursado (vid. art. 79.1 LC), o bien, que tal resultado derive de la aplicación de la presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre cónyuges, a tenor de cuanto señala el artículo 78 LC, o de la extensión, en su caso, a los bienes comunes o gananciales, según previene el artículo 77.2 LC (GARCÍA CRUCES, 2003).

La masa pasiva, según el art. 84 LC, está integrada por los créditos contra el deudor común que conforme a la ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En el citado precepto se establece un listado de créditos contra la masa pasiva.

Entre los que los que cabe destacar los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos.

2.8. El proceso concursal: fase común de tramitación del concurso

La «fase común» del concurso se abre con el Auto de declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores. Durante esta fase se alcanza el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso. A todo lo cual se suma la posibilidad de utilizar, en determinados supuestos, un procedimiento abreviado.

Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se pueden someter a intervención o se pueden suspender, con sustitución en este caso por la administración concursal. La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de este; pero el juez del concurso goza de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, e incluso, cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores.

Durante la fase común del concurso forman las secciones 2ª a 4ª, cuyo contenido es el siguiente (art. 183 LC): 2º La sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales. 3º La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa, al pago de los acreedores y a las deudas de la masa. 4º La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos. En esta sección se incluirán también, en pieza separada los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

2.9. Efectos de la declaración de concurso

La resolución judicial que declare el concurso produce múltiples efectos jurídicos, tanto sobre el deudor como sobre los acreedores (Hernández y Altés, 2004), y sobre los créditos. Los principales efectos son los siguientes:

A) Sobre el deudor. Respecto del deudor, se atenúan los establecidos por la legislación anterior y se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia. La «inhabilitación» se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas. Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario; pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas. Se atenúa también la sanción de los actos realizados por el deudor con infracción de estas limitaciones, que pasa a ser de anulabilidad, además de la prohibición de su acceso a registros públicos (E. de M.)

La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de este; pero goza el juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, e incluso, cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores.

B) Sobre los acreedores. Efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por estos contra el patrimonio del concursado. Esta paralización, consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, no afecta a las declarativas de los órdenes civil o social ya en tramitación en el momento de declararse el concurso, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia, ni a las de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, incluso si se ejercitan con posterioridad a la declaración, pero sí a todas las de carácter ejecutivo, incluidos los apremios administrativos o tributarios, que quedarán en suspenso si se hallasen en tramitación, salvo los acordados con anterioridad a la declaración de concurso, y no podrán iniciarse una vez declarado el concurso.

C) Sobre las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. La Ley regula el pago de los créditos con privilegio especial de forma muy flexible, para evitar, en interés de la masa, la realización de los bienes o derechos afectos, autorizarla con subsistencia del gravamen o mediante venta directa. La fórmula que combina es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso.

La regulación legal establece el orden de los pagos con privilegio general, de los ordinarios y de los subordinados, y contempla los supuestos especiales de pagos anticipados, de deudas solidarias y de los realizados en fase de cumplimiento de convenio anterior a la de liquidación. De no estar afectados por un convenio, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía. La ejecución se tramitará ante el juez del concurso.

Como quiera que los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial y el convenio solo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado.

D) Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, una de las materias más deficientemente tratadas en el anterior derecho y, por tanto, de mayor originalidad en la nueva Ley. Conforme a esta, la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, pero sí la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculten a las partes para pactarla o para denunciar el contrato.

E) Efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a esta.

El perturbador sistema de retroacción del concurso del sistema anterior se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción.

2.10. La fase de convenio

Las soluciones del concurso previstas en la Ley son el convenio y la liquidación para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento.

El convenio es la solución normal del concurso, puede definirse como el acuerdo adoptado entre deudor y acreedores para hacer pago de sus créditos, con quita, espera, o ambas, o traslado de la empresa en conjunto para su explotación (Guillén Soria, 2004). El convenio ha de respetar los límites establecidos por el art. 1.255 cc para la autonomía de las partes y además necesita aprobación judicial.

2.10.1. El contenido del convenio

También es flexible la Ley en la regulación del contenido de las propuestas de convenio (art. 100 lc), que podrá consistir en proposiciones de quita (remisión de una parte del crédito) o de espera (dilación en la fecha del vencimiento), o acumular ambas; pero las primeras no podrán exceder de la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las segundas de cinco años a partir de la aprobación del convenio. También se admiten proposiciones alternativas, como las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos (art. 100.2 lc) o la fusión o escisión de la persona jurídica concursada (Gallego Sánchez, 2004).

Lo que no admite la Ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago (*pro soluto*) o para pago (*pro solvendo*) de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia (art. 100.3 lc). Para asegurar esta y la posibilidad de cumplimiento, la propuesta de convenio ha de ir acompañada de un plan de pagos.

Una novedad de la lc es el plan de viabilidad. La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. Este es uno de los puntos fuertes de la nueva ley, pues en la vieja concepción se pretendía solo la liquidación o, como mucho, un convenio, que en los últimos años, generalmente era de liquidación (Guillén Soria, 2004).

2.10.2. Clases de convenio

La Ley Concursal prevé dos formas de tramitar el convenio: una anticipada y otra que prevé la celebración de una Junta de Acreedores. Las diferencias principales estriban en el momento de su aprobación y en su diferente regulación. No obstante, cabe distinguir, aunque sea solo a efectos de claridad expositiva, entre un convenio «anticipado» y otro «ordinario» (Gallego Sánchez, 2004).

El convenio anticipado (arts. 104 a 110 lc). Entre las medidas para facilitar esta solución del concurso destaca la propuesta anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la Ley establece. La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales.

El convenio ordinario. En otro caso, si no se aprueba una propuesta anticipada y el concursado tampoco opta por la liquidación de su patrimonio, la fase de convenio se abre una vez concluso el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 111 lc). La tramitación del convenio se inicia con la propuesta de convenio que podrán efectuarla aquellos acreedores cuyos créditos superen conjunta o individualmente una quinta parte del total pasivo (art. 113 lc). La conclusión del convenio exige en todo su aprobación en Junta de Acreedores (arts. 116 a 126 lc), en la que para su aceptación se exige como regla general el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. Finalmente, el juez debe aprobar el convenio aceptado por los acreedores salvo que exista oposición o causa de rechazo de oficio (Gallego Sánchez, 2004).

2.11. Efectos del convenio

El convenio adquirirá plena eficacia desde la sentencia de su aprobación, y desde entonces cesarán los efectos de la declaración de concurso quedando sustituidos por los que se establezcan en el convenio. Asimismo cesarán en su cargo los administradores concursales (art. 133 lc). En caso de mantenerse alguna función para los administradores, estos en adelante serán «administradores convencionales» (Gallego Sánchez, 2004).

En el ámbito de los efectos del convenio sobre las facultades patrimoniales del deudor concursado, la cesación de los anudados a la declaración del concurso implica que aquel recupera la libertad para administrar y disponer de sus bienes (Gallego Sánchez, 2004).

El convenio también produce los siguientes efectos respecto de los acreedores. Según el art. 134.1 lc: «El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos». Lo que supone que el convenio afectará a todos estos acreedores hayan aceptado o no la propuesta de convenio. No obstante, de acuerdo con el art. 137.1 lc: «el Convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor» (Gallego Sánchez, 2004).

Por el contrario a los acreedores privilegiados no les afecta el convenio, salvo que hubieran votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquella se hubiere computado como voto favorable (art. 134.2 lc).

La quita y espera, como los demás convenios que puedan celebrarse entre el deudor y los acreedores, constituyen, en principio, una especie de sustitución o novación de las obligaciones de aquel (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En este sentido el artículo 136 lc (*eficacia novatoria*) establece que: «los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio».

2.12. La fase de liquidación

La Ley concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del concurso, como alternativa a la de convenio, pero también le impone el deber de solicitar la liquidación cuando durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. En los casos de apertura de oficio o a solicitud de acreedor, la liquidación es siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio. La unidad y la flexibilidad del procedimiento permiten en estos supuestos pasar de forma rápida y simple a la fase de liquidación.

Los efectos de la liquidación son más severos: el concursado quedará sometido a la situación de suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición y sustituido por la administración concursal; si fuese persona natural, perderá el derecho a alimentos con cargo a la masa; si fuese persona jurídica, se declarará su disolución, de no estar ya acordada, y, en todo caso, el cese de sus administradores o liquidadores.

La Ley reserva para esta fase de liquidación los clásicos efectos concursales de vencimiento anticipado de los créditos aplazados y conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones.

2.13. La calificación del concurso

Una de las materias en las que la reforma ha sido más profunda es la de calificación del concurso. La Ley limita la formación de la sección de calificación a supuestos muy concretos: la aprobación de un convenio que, por la cuantía de la quita o la duración de la espera, resulte especialmente gravoso para los acreedores, y la apertura de la liquidación.

En estos supuestos, el concurso se calificará como fortuito o como culpable. La última calificación se reserva a aquellos casos en los que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o de sus representantes legales, administradores o liquidadores.

La sentencia que califique el concurso como culpable habrá de determinar las personas afectadas y, en su caso, las declaradas cómplices, impondrá a todas aquellas la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, sanción que será temporal, durante un periodo de dos a 15 años; les impondrá, asimismo, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que indebidamente hubieren obtenido del deudor o recibido de la masa activa, más la de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La Ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia.

2.14. La conclusión del concurso

La aprobación judicial del convenio (arts. 127 a 133 LC) no produce la conclusión del concurso, que solo se alcanza con el cumplimiento de aquel. Lo que supone la firmeza del Auto que declare el cumplimiento del convenio (art. 1.76.2 LC).

El concurso también pude concluir por otras causas diferentes a su cumplimiento (art. 176 LC) que pueden ser de naturaleza muy diversa: bien porque la apertura no se ajustó a derecho (revocación del auto de declaración de concurso), bien por su frustración (inexistencia de bienes y derechos con los que satisfacer a los acreedores), bien por el ejercicio del derecho de disposición de las partes sobre el procedimiento (desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos transacción del deudor con ellos, causas estas que, por sus características, solo pueden operar una vez terminada la fase común del procedimiento y que exigen aceptación u homologación del juez, previo informe de la administración concursal).

3. LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

3.1. Concepto

El principio de la igualdad de los acreedores (*par conditio creditorum*) respecto a sus derechos sobre el patrimonio del deudor no es absoluto y presenta varias excepciones, como sucede con la acción directa, o con aquellos acreedores a los que el legislador ha beneficiado al dotarles de un privilegio.

El privilegio ha sido definido como la cualidad o facultad de un crédito, establecida por ley, para ser pagado con preferencia a otro, sobre los bienes del deudor o sobre alguno de ellos en particular (Albaladejo, 2002). El efecto del privilegio es que los créditos investidos con esa cualidad gozan de un derecho de preferencia para ser pagados antes que los denominados créditos ordinarios o que los privilegiados de rango inferior. Así pues, la regla de la *par conditio* decae cuando alguno de los créditos tiene la condición de privilegiado (Pérez Álvarez, 2000).

Los privilegios únicamente pueden establecerse por ley, esta los establece unas veces en atención a la naturaleza o fines del crédito y otras como un favor especial a determinadas personas como sucede con el Estado, la provincia o el municipio (Castán, 1992). El problema de los privilegios solo presenta interés en el caso de que los bienes del deudor no alcancen a cubrir todas las deudas (Borda, 1993).

La preferencia o privilegio es una garantía para el crédito privilegiado, no porque asegure su satisfacción, sino en cuanto la hace más probable, al situarlo por encima de los créditos no preferentes (Albaladejo, 2002). En sí, el derecho de preferencia no es un derecho real; pero algunas veces va embebido en un derecho real de garantía (prenda, hipoteca) (Castán, 1992). De acuerdo con lo anterior, cabe afirmar que los créditos privilegiados constituyen una excepción al principio de igualdad de los acreedores (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El CC se ocupa de los privilegios dentro del Título XVIII «De la concurrencia y prelación de crédito» del Libro IV, en los arts. 1.921 y ss.[1] También es posible encontrar algún privilegio en algunos artículos dispersos del Código (arts. 1.213 y 1.699).[2] También es posible encontrar privilegios fuera del CC en multitud de Leyes como la General Tributaria, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Propiedad Horizontal, la Ley Concursal, etc. algunas han incidido en el régimen jurídico de alguno de los créditos privilegiados que contempla el Código Civil o en algunos casos incluso han establecido nuevos créditos privilegiados (Pérez Álvarez, 2000).

El Código señala que hay determinados bienes del deudor que están especialmente afectos a determinados créditos que recaen sobre los mismos. Así en el art. 1.922 se establecen los créditos que tienen preferencia sobre determinados muebles del deudor, y en el 1.923 los que la tienen sobre determinados inmuebles (Albaladejo, 2002). Los privilegios también pueden ser hechos valer por los interesados fuera del concurso de acreedores, en las denominadas ejecuciones singulares (Albaladejo, 2002).

3.2. Antecedentes históricos

La teoría de los privilegios tiene su origen en Roma, al reconocerse preferencias generales a favor del fisco, los municipios, los menores, la dote del cónyuge; en otras ocasiones se tenía en cuenta la calidad del crédito (gastos funerarios, reparación de navíos, construcción, etc.) (Borda, 1993).

3.3. Clases y naturaleza jurídica

Los privilegios se clasifican en especiales y generales. El privilegio especial recae sobre determinados bienes del deudor, este es el caso del art. 1.922 CC que se refiere a privilegios sobres determinados bienes muebles y el del art. 1.923 CC referido a los inmuebles. El privilegio general sobre todos los bienes del deudor que no estén afectados por algún privilegio (Montés Penadés, 1994). Este sería el caso de aquellos créditos que tienen preferencia sobre todos los bienes del deudor art. 1.924 CC.

3.4. Caracteres

Los privilegios presentan los siguientes caracteres (Montés Penadés):

a) Legalidad: solo pueden tener origen legal y no pueden nacer de la autonomía de la voluntad. El art. 1.925 establece el carácter tasado de estos créditos: «No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores».
b) Excepcionalidad: la norma que crea el privilegio constituye una excepción al principio general de la *par conditio creditoris*.
c) Accesoriedad: El privilegio, como toda garantía es un accesorio del crédito, sigue sus vicisitudes y no puede ser transmitido autónomamente.
d) Renunciabilidad: las partes no pueden privar a un crédito su condición de privilegiado, pero pueden no ejercitarlo o renunciar a él (art. 6.2 CC).

1. Hay que tener presente la existencia de un Proyecto de Ley sobre «Concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares», de 8 de septiembre de 2006; el citado proyecto ha sido dictado de acuerdo con el mandato de la disposición final 33ª de la Ley Concursal. Este proyecto va a suponer la modificación de los arts. 1.921 a 1.929 CC, y persigue entre otros fines la reducción de los múltiples privilegios y demás preferencias de nuestro ordenamiento jurídico. 2. Algunos de los citados preceptos se han visto afectados por la Ley 22/2003, Concursal y en el caso de los arts. 1.912 a 1.921 CC han sido totalmente derogados.

e) Indivisibilidad: el privilegio subsiste aunque el crédito se divida entre varios acreedores. El privilegio también se extiende a los intereses y a las costas. El privilegio existe hasta tanto el crédito haya sido pagado íntegramente.

3.5. Privilegios especiales mobiliarios

Según Díez-Picazo y Gullón (2001) están enumerados en el art. 1.922 CC que establece:

> Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:
>
> 1. Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos.
> 2. Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.
> 3. Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.
> 4. Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gasto y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de esta.
> 5. Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.
> 6. Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.
> 7. Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días contados desde que ocurrió la sustracción.

3.6. Privilegios especiales inmobiliarios

Están señalados en el art. 1.923 CC que establece que:

> Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:
>
> 1. Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.
> 2. Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.
> 3. Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.
> 4. Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y solo en cuanto a créditos posteriores.
> 5. Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y solo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores.

3.7. Los privilegios generales

Son los que recaen sobre los restantes muebles e inmuebles del deudor que no están afectos a un privilegio especial (Castán, 1992). La regulación que contiene el Código en su art.1.924 está totalmente superada por toda una serie de normas específicas que regulan la materia (Montés Penadés, 1994).

Los privilegios generales son los siguientes (art. 1.924):[3]

Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia:

1. Los créditos a favor de la provincia o del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, número 1.

2. Los devengados:

   A. Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su cónyuge y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.
   B. Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento.
   C. Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico, correspondientes al último año.
   D. Por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo periodo de tiempo que señala el apartado anterior, siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente.
   E. Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo periodo de tiempo.

3. Los créditos que sin privilegio especial consten:

   A. En escritura pública.
   B. Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.
   Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

También es un privilegio general el que otorga (entre otros) el art. 91 de la Ley Concursal al Acreedor Solicitante de la Declaración de Concurso, al establecer que son créditos con privilegio general: «6.º Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe».

3.8. La prelación de créditos privilegiados

3.8.1. Concurrencia entre créditos privilegiados mobiliarios y ordinarios

El art. 1.926 cc establece las reglas de prelación cuando concurren varios créditos sobre un mismo bien mueble. Los créditos privilegiados con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere. En caso de concurrir varios créditos privilegiados el crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda. En casi todos los demás casos el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos.

3. Los apartados de las letras A y G han sido derogados por la Ley 22/2003, Concursal.

3.8.2. Concurrencia entre créditos privilegiados inmobiliarios y ordinarios

El artículo 1.927 establece la prelación cuando concurren varios créditos sobre un mismo inmueble o derecho real. Los créditos privilegiados excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera. Si concurrieren dos o más créditos privilegiados, prefieren los expresados en los números 1 y 2 del artículo 1.923 (a favor del Estado y de los aseguradores). Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el art. 1.923-3º y 4º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la propiedad.

Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 1.923-5º, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

3.8.3. Normas de cierre del sistema

Las anteriores normas se completan por lo establecido en los arts. 1.928 y 1.929 CC:

El art. 1.928 establece la prelación en caso de remanente:

> El remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación a de terminados bienes, muebles o inmuebles, se acumulará a los bienes libres que aquel tuviere para el pago de los demás créditos.
> Los que, gozando de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de estos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.

El art. 1.929 regula la prelación de los créditos sin privilegio especial, señalando el orden del art. 1.924 (privilegio general), los preferentes por fechas y a los comunes:

> Los créditos que no gocen de preferencia con relación a determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, o cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia, se satisfarán conforme a las reglas siguientes:
>
> 1. Por el orden establecido en el artículo 1.924.
> 2. Los preferentes por fechas, por el orden de estas, y los que la tuviesen común, a prorrata.
> 3. Los créditos comunes a que se refiere el artículo 1.925, sin consideración a sus fechas.

LECTURAS RECOMENDADAS

COLINA GAREA, R.: «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso: (en torno a la aplicación del art. 40 de la Ley Concursal)», *Aranzadi civil,* nº 1, 2007, págs. 1.999-2.039.

Segunda parte
TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Tema 8
El contrato

1. EL CONCEPTO DE CONTRATO

1.1. Origen histórico del concepto

Desde un punto de vista etimológico la palabra contrato proviene del latín *cum* y *traho*, venir en uno, ligarse; que significa por consiguiente, la relación constituida a base de un acuerdo o convención. En los ordenamientos primitivos el mero acuerdo de voluntades no era un contrato, en el sentido de fuente de las obligaciones, puesto que la voluntad por sí sola no podía crear obligaciones válidas y eficaces (Castán, 1992). En Roma tuvo gran importancia la distinción entre convención y contrato. La convención o pacto (*pactum, conventum*) era un mero acuerdo de voluntades que por sí no generaba acción ni vínculo obligatorio. El contrato era la convención que, por ir acompañada de una forma requerida por el Derecho o de una causa reconocida idónea, generaba un vínculo obligatorio.

En la actualidad el concepto de contrato está caracterizado por dos notas:

1ª Constituye una categoría abstracta o genérica, que a su vez engloba a toda una serie de categorías particulares (contrato de compraventa, de permuta, etc.). En Roma no existía la categoría general del contrato sino toda una serie de categorías singulares.

2ª Tiene como base o fundamento el pacto o convención, es decir, el acuerdo de voluntades, mientras que la forma tiene un valor secundario.

1.2. El concepto de contrato en el cc

El Código no contiene ninguna definición de contrato, si bien las referencias al mismo son reiteradas. Así, el cc menciona al contrato entre las fuentes de obligaciones (art. 1.089). El contrato es la más frecuente e importante de las fuentes de obligaciones, aunque el citado artículo lo coloque después de la Ley. El cc a pesar de contener una reglamentación general de los contratos en el Título II del Libro IV que gira bajo el epígrafe «De los contratos» (arts. 1.254-1.314), tampoco define el contrato; el art. 1.254 con el que comienza el mencionado título simplemente señala el momento de su nacimiento o perfección (Castán, 1992): «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

Díez-Picazo y Gullón dicen que el cc, a pesar de no definir el contrato, proporciona datos suficientes para poder deducir el concepto que del contrato tuvieron los autores del Código: así pues, el art. 1.089 menciona al contrato al enumerar las fuentes de las obligaciones. El art. 1.091 afirma que «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos». Finalmente, el art. 1.254 dice que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

Relacionando los tres preceptos citados se puede deducir un concepto legislativo de contrato que aparece formado por la conjunción de dos notas características (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

a) En el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas: el contrato existe desde que varias personas consienten (art. 1.254 cc).

b) El contrato tiene siempre como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1.091 CC).

De estas ideas procede la configuración tradicional y clásica, que considera al contrato como «un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, dirigido a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones entre ellas» (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

1.3. El concepto de contrato en la doctrina

En términos estrictamente jurídicos, cabría hablar de varios conceptos de contrato, descendiendo de lo general a lo concreto (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

1º La idea de contrato es, en primer lugar, un supraconcepto (*Oberbegriff*) o concepto superior comprensivo de aquellos otros sobre los que se establece, definición que es aplicable a todas las ramas del Derecho, independientemente de su carácter público o privado. Desde este punto de vista son contratos, los tratados internacionales, etc.

2º Acotando la idea de contrato al ámbito del Derecho privado, la idea de contrato tiene carácter general puesto que incluye todos los negocios jurídicos bilaterales tanto de Derecho patrimonial como del Derecho de familia o de sucesiones. Así pues desde este punto de vista el matrimonio es clasificado como un contrato.

3º Finalmente, en un sentido más restringido, que busca el sometimiento a un régimen jurídico unitario, la doctrina aplica el concepto de contrato exclusivamente a los negocios jurídicos que inciden sobre relaciones jurídicas patrimoniales. Desde este punto de vista el contrato es: «el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir [transmitir], modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial» (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El profesor Lacruz coincide en esta concepción de contrato cuando nos dice que:«el contrato a que se refieren los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil supone un acuerdo de voluntades jurídicamente vinculante entre personas con intereses distintos dirigidos a crear, transferir, modificar o extinguir derechos patrimoniales». Desde esta perspectiva patrimonial habrá que negar el carácter contractual del matrimonio, que además constituirá un convenio o convención al no existir intereses contrapuestos (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

1.4. La función del contrato

De acuerdo con Castán el contrato puede desempeñar funciones muy complejas y dar lugar a las siguientes situaciones jurídicas:

a) *Crear, modificar, transmitir o extinguir relaciones obligatorias o crediticias*, pues, si bien del tenor literal del artículo 1.254 del Código Civil parece que la única categoría de contratos reconocidos por él es la de los obligatorios, nada se opone a admitir que, en virtud de un contrato además de crear una relación obligatoria también quepa extinguirla o modificarla, ceder un crédito o asumir una deuda (arts. 1.175-2º; 1.203-2º y 3º; 1.187, 1.209, 1.226, etc.).

b) *Crear, a la vez que la relación obligatoria, un derecho real si además concurre la tradición o entrega de la cosa* (arts. 609 y 1.095 del Código Civil). Ej. El contrato de compraventa si

además va acompañado de la entrega de la cosa produce el nacimiento del derecho real de propiedad a favor del comprador.

c) *Producir una transmisión patrimonial*, mediante una obligación de realización inmediata, que en un solo acto aparece creada y cumplida (ejemplos la compraventa al contado y la donación manual).

d) *Vincular a las partes para la celebración de un futuro contrato* que, por el momento, no se quiere o no se puede estipular. Este es el caso del llamado precontrato.

Por lo demás, con independencia de la extensión que, de acuerdo con los textos legales, se atribuya a la noción del contrato, es indudable que las normas del mismo serán aplicables en cuanto la analogía lo permita a las relaciones jurídicas familiares, sucesorias, etc., basadas en el acuerdo de voluntades.

1.5. Evolución y crisis del concepto

En el siglo XIX, en pleno apogeo del liberalismo individualista, el contrato constituye, la figura central para explicar o construir todo género de instituciones jurídicas; desde la creación misma del Estado, justificada por medio del contrato social, hasta la organización del mundo internacional, regulado por tratados de esencia contractual; y desde el matrimonio, basado en el consentimiento de los contrayentes, hasta los derechos reales, que se construían como una especie de pacto que obligaba a los desposeídos a respetarlos (Castán, 1992).

El Código Civil, que recoge los principios liberales entonces imperantes, parte del supuesto de que quienes celebran un contrato, pueden discutir libremente sus pactos o cláusulas en una situación de absoluta igualdad. Sin embargo, es evidente que hoy la figura del contrato dista mucho de ser aquel libre acuerdo de voluntades. Aquel auge del contrato, consecuencia del individualismo liberal –continua Castán–, está siendo sustituido hoy por una especie de crisis o decadencia del contrato, motivada por el intervencionismo estatal y la exaltación de la idea de comunidad.

Esta crisis ideológica del contrato tiene como manifestaciones:

a) La reducción del área del contrato o, lo que es igual, de las instituciones a las cuales se aplicaba la idea del contrato para explicarlas o construirlas. Las instituciones del Derecho público, las relaciones de familia, la relación de trabajo, tienden a quedar fuera de la órbita del contrato.

b) La revisión del concepto del contrato, que va perdiendo, muchos de sus elementos típicos y puros, (ej. la autonomía de la voluntad) para ser centrado sobre nuevas bases, bajo la inspiración de criterios sociales.

1.6. Las nuevas modalidades contractuales

La evolución económica y social experimentada en los últimos tiempos, dicen Díez-Picazo y Gullón, ha dado lugar a una serie de variaciones importantes en el régimen jurídico de los contratos, dando lugar a la aparición las siguientes modalidades contractuales que tienen muy difícil encasillamiento en el régimen jurídico tradicional:

A) Los contratos en masa (contratos-tipo, contratos *estándar*) impuestos a sus clientes por grandes empresas mercantiles e industriales y referidos muchas veces a la utilización de bienes o de servicios (agua potable, gas, electricidad, telefonía, etc.). El hecho de tratarse de bienes de consumo necesario hace que la libertad de iniciativa se encuentre en ellos restringida, siendo evidente la prepotencia de una de las partes quebrando el presupuesto ideológico de los principios de igualdad o equilibrio de las partes y de libertad para contratar (Díez-Picazo y Gullón, 2008). En estos casos normalmente es la empresa la que predispone e impone el contenido del contrato a sus clientes, en lo que se ha denominado «unilateralización del contrato» (Martínez de Aguirre, 2000). Al destinatario del contrato en masa solo le queda la libertad de contratar, es decir celebrar o no el contrato, pero carece de libertad contractual en el sentido de que no pude determinar el contenido del contrato, puesto que solo dispone de la posibilidad de adherirse al contrato predispuesto (López y López, 1994).

Dentro de los contratos en masa se encuentran los llamados contratos de adhesión, contratos por formulario o contratos con condiciones generales.

B) Los contratos normados son aquellos cuyo régimen jurídico o su contenido está regulado por la ley, por lo general, por condicionamientos de política económica, de política social (escasez de viviendas, necesidad de colocación de la mano de obra, regulación del juego, protección de los consumidores) (Díez-Picazo y Gullón, 2008). En estos contratos hay escaso margen para la autonomía de la voluntad, para que de este modo la parte económicamente más débil, no quede a merced de la otra, de ahí que el Estado de dote legislativamente de contenido imperativo e irrenunciable a estos contratos (por ejemplo, contratos de trabajo o de arrendamiento de viviendas).

La sts 4 abril 2006 (rja 5312) contempla un supuesto de contrato normado, en el que el inicial contrato privado de suministro de carbón térmico, entre una empresa minera y una central térmica adquiere el estatus de contrato «normado» al efectuarse la sustitución legal de la mayor parte de sus cláusulas, con base en el interés general de una posterior orden Ministerial. Establece la sentencia: «La om de 14 de febrero de 1992, es claro que incide, haciéndolo al mismo "normado" [...] por la sustitución legal de la mayor parte de sus cláusulas, dado el interés general evidente existente en la materia, impide la aplicación de los arts. 1256, 1258 y 1115 cc».

La sts 2 mayo 1979 (rja 1758) se refiere a los contratos normados como:

> decir, previamente regulados por el legislador en alguno de sus aspectos más importantes -ejemplo, los arrendamientos excluidos del cc.- y que, si bien libres en su constitución, se sustraen sin embargo y en parte de su contenido a la voluntad de los contratantes, en interés sobre todo del más débil o del situado en posición económica o jurídica inferior; inferioridad que la Ley compensa con una especial protección de sus derechos, para que la libertad contractual se cumpla y las prestaciones se equilibren, como es el caso de los supuestos previstos en la legislación sobre viviendas protegidas o de renta limitada.

C) Los contratos forzosos que son en gran parte producto del «dirigismo» estatal en materia económica y de la intervención pública en materia patrimonial, en los cuales las partes se ven inmersas en una relación contractual sin haberlo querido, esto es, sin su voluntad o incluso en contra de su voluntad (Díez-Picazo y Gullón, 2008). Son contratos en los que se impone el deber de celebrar, de ahí que sean llamados en la doctrina alemana «contratación coactiva» *(Kontrahierungszwang)* (O'Callaghan, 1993).

Los genuinos contratos forzosos no son verdaderos contratos, sino que se trata de hipótesis de constitución forzosa legal, administrativa o judicial de relaciones jurídicas de Derecho

privado por razones de interés social (Díez-Picazo y Gullón, 2008). Así, en la Disposición adicional Segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, se regula el alquiler obligatorio de viviendas que, susceptibles de ser ocupadas, no lo fueren por nadie, otorgando las correspondientes facultades al gobernador civil de la provincia. En el cc también podemos encontrar algún caso de contrato forzoso como el de depósito necesario (arts. 1.781 cc y ss.).

D) Los contratos denominados por la doctrina alemana «prestaciones del tráfico en masa», en los cuales determinadas obligaciones (v. gr., la de pagar un precio) surgen del hecho de realizar un determinado comportamiento sin previa declaración de voluntad alguna (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Ej. La utilización de un aparcamiento de vehículos o la utilización de un medio de transporte de servicio público o las prestaciones ofrecidas por las máquinas automáticas. Estas últimas reguladas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (arts. 49 y ss.)

E) La contratación a través de medios informáticos (contratación electrónica) también ha introducido importantes modificaciones en cuanto a la prueba de los contratos.

2. CONTRATO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

2.1. La autonomía de la voluntad

El principio de autonomía de la voluntad, también denominado de libertad contractual, aparece recogido en el art. 1.255 del cc (y en el 53 del Código de Comercio [en adelante Ccom]). El primero de estos preceptos establece que: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

El principio de libertad contractual implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina «autonomía privada» (Díez-Picazo, 1991). El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa:

A) *La libre opción del individuo entre contratar y no contratar*. Significa la libertad de constitución de las relaciones contractuales, con libertad, por tanto, de elección del otro contratante.

B) *La libertad de elección del tipo contractual*. Las personas pueden elegir dentro de los contratos previstos por la ley el que sea más conveniente para la satisfacción de sus intereses.

C) *Libertad para celebrar contratos atípicos.* Los contratantes además de utilizar los tipos contractuales regulados por las leyes (contratos típicos), también pueden construir o inventarse (dentro de los límites del art. 1.255 cc) otros distintos denominados *contratos atípicos.*

D) *La posibilidad de modificar el contenido de los contratos típicos.* Es decir, que el contenido –cláusulas y condiciones– de los contratos típicos, puede ser modificado si la norma que los establece tiene carácter dispositivo.

Para Puig-Brutau (1986), la autonomía de la voluntad también va unida a la idea de mantener el *ejercicio de esta libertad desligada de los requisitos de forma.* Por ello se dice que los contratos

existen «desde que una o varias personas consienten en obligarse» (artículo 1.254), que «se perfeccionan por el mero consentimiento» (art. 1.258) y que los contratos «serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado» (art. 1.278). Por consiguiente, mediante la simple prestación del consentimiento cabe que dos sujetos queden obligados según los pactos, cláusulas y condiciones que hayan creído conveniente adoptar.

2.2. Los límites de la autonomía de la voluntad

En el momento de llevarse a cabo la codificación civil, bajo los impulsos del liberalismo económico se vivió un momento de encendida defensa de este principio; pero la libertad contractual no puede ser absoluta, puesto que en el propio art. 1.255 CC se establecen una serie de límites para aquella, cuando dice: «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

A) *La Ley.* El art. 1.255 se refiere a las normas de carácter imperativo. En el sistema del Código Civil no existe una regla general favorable a la dispositividad de las leyes, ni tampoco su contraria. Constituye, por ello, un problema de interpretación de cada norma concreta. En términos generales, puede decirse que son imperativas las normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su observancia la sanción de nulidad, aunque se trata siempre de un problema abierto (Díez-Picazo, 1991).

La ley imperativa limita la libertad contractual de varios modos:

1º Puede prohibir directamente un determinado tipo contractual, como sucede con el art. 1.654 CC al decir que queda suprimido para en adelante el contrato llamado de subenfiteusis. En otros casos la imperativa prohíbe determinados tipos de pactos en determinados contratos. Nos hallamos así en presencia de contratos permitidos, pero de pactos, cláusulas o condiciones prohibidas. Por ejemplo, el pacto comisorio en la prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1.859 y 1.884 CC) o el pacto de exclusión de uno o más socios de todo o parte de las ganancias o pérdidas sociales (art. 1.691).

2º Puede dotar al contrato que las partes libremente establezcan de un contenido imperativamente fijado. En tal caso, las partes son libres para elegir un tipo contractual, pero si contratan (p.ej. mediante una compraventa), el contenido del contrato elegido –la regla contractual– queda legalmente fijado en todo o en parte.

Para Puig Brutau (1986), existen otras limitaciones generales que resultan del mismo Código Civil: es nula la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente de dolo (art. 1.102); no puede existir convenio sobre condiciones imposibles, contrarias a las buenas costumbres o prohibidas por la ley, bajo pena de la nulidad de la obligación que de ellas dependa (art. 1.116); no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes la validez y cumplimiento de los contratos (art 1.256); no pueden ser objeto de contrato las cosas y servicios imposibles (art. 1.272); ni producen efecto alguno los contratos sin causa o con causa ilícita (artículo 1.275); en las capitulaciones matrimoniales no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio, y si así no se hace, la estipulación se tendrá por nula (art. 1.316); en los contratos de prenda o hipoteca no puede pactarse que el acreedor se incaute o disponga de las cosas gravadas, pues su derecho no se refiere principalmente a estas, sino a su valor en cambio (art. 1.859), y lo mismo sucede en el derecho de anticresis (art. 1.884).

B) *La moral*. La moral es un conjunto de convicciones de orden ético y de valor del mismo tipo. No es necesario que se plasmen en actos concretos, en algunas ocasiones el Código parece hacer sinónimas las expresiones «moral» y «buenas costumbres», que exigirían una serie de prácticas o de actos en que aquellas convicciones encarnaran (Díez-Picazo, 1991).

Al establecerse la moral como límite de la autonomía contractual, quedan impedidos los contratos inmorales. La inmoralidad del contrato afecta a la causa del mismo y lo hace ineficaz o nulo. El art. 1.275 dice que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Del mismo modo, el párrafo tercero del art. 1.271 prohíbe que puedan ser objeto de contrato los servicios contrarios a las buenas costumbres.

C) *El orden público*. El último de los límites que el art. 1.255 coloca a la autonomía o libertad contractual es el de «orden público», que es también de gran dificultad e imprecisión, lo que el Código llama orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores (Díez-Picazo, 1991). Aún a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares. Pertenecen en la actualidad al orden público del art. 1.255 las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional (p. ej., la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación) que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado. Por ejemplo: pactos que contravengan la igualdad consagrada en el art. 14 ce, o que impliquen renuncia de derechos fundamentales.

3. EL CONTRATO COMO ACTO Y EL CONTRATO COMO NORMA

Corresponde a Kelsen el mérito de haber establecido la distinción entre el contrato como acto y el contrato como norma. La palabra contrato tiene un significado ambivalente, puesto que unas veces se refiere al acto que los contratantes realizan (v. gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes (v. gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato).

Puig Brutau (1986) dice que aunque en algunos casos la celebración del contrato y su cumplimiento son simultáneos, lo habitual es que el contrato deje establecidas obligaciones que se tendrán que cumplir en el futuro. Las partes habrán sido libres para decidirse a contratar o para desistir de hacerlo pero en el primer supuesto, lo convenido subsistirá con fuerza obligatoria con independencia de que subsista la voluntad inicial de obligarse.

Desde el primero de los puntos de vista mencionados, (contrato como acto) el contrato se nos aparece como un acto jurídico, es decir, como una acción de los interesados a la cual el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos

Desde el segundo de los puntos de vista apuntados, el contrato se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta (*lex contractus*; la regla contractual). El contrato es entonces una determinada disciplina que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta; según Puig-Brutau (1986), el contrato: «es ley para las partes contratantes porque se ha convertido en una norma jurídica que regirá la conducta posterior de los contratantes».

Nuestro Código lo reconoce al disponer que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1.091), y al reconocer que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art 1.256).

4. EL CONTRATO Y LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Un fenómeno distinto del contrato en sí mismo considerado es lo que puede llamarse la «relación contractual». Como hemos visto, en rigor el contrato es un acto o una acción de los interesados y, además, una regla de conducta a la que se someten. La relación contractual es algo diferente, puesto que no es el acto, ni la norma en que el contrato consiste, sino la *situación en que las partes se colocan después de haber celebrado el contrato*, es decir, la situación que crean, modifican o extinguen. Se puede distinguir así, nítidamente, por ejemplo, el contrato de compraventa y la relación de compraventa o el contrato de arrendamiento y la relación de compraventa (Díez-Picazo, 1991).

LECTURAS RECOMENDADAS

García Cantero, G.: «Hacia un concepto europeo de contrato», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos,* (coords. C. Vattier Fuenzalida, J. M. de la Cuesta Sáenz, J. M. A. Caballero Lozano), Vol. 1, Madrid, Dykinson, 2003, págs. 131-158.

Tema 9
Los elementos esenciales del contrato

1. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO

Según el art. 1.261 del Código Civil: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca». El consentimiento, objeto y causa son los requisitos del contrato, a los que hay que añadir el requisito de forma en el supuesto de los contratos formales. Los requisitos que enumera el art. 1.261 son los elementos esenciales del contrato puesto que su concurrencia es necesaria para que el contrato exista (Puig Brutau, 1986).

La doctrina además de los elementos esenciales, también distingue entre los elementos naturales y accidentales del contrato, con lo cual la relación de elementos del contrato quedará estructurada de la siguiente forma:

A) Elementos esenciales son aquellos sin los cuales el contrato no puede existir, la falta de cualquiera de ellos determina la nulidad del contrato. Son, de acuerdo con el art. 1.261 cc, el *consentimiento*, el *objeto* y la *causa*. A estos elementos esenciales hay que añadir el de la *forma* en el supuesto de los denominados contratos formales.

B) Elementos naturales son aquellos que, por considerarse que son los más conformes con los intereses de las partes, la ley los inserta automáticamente en el contrato, a falta de pacto expreso de los contratantes; es decir, que ante el silencio de las partes que podrían haberlos incluido (o excluido) en el contrato (por tratarse de normas de derecho dispositivo) se sobreentiende que los mismos forman parte del contrato (Lacruz, 1999). Así sucede por ejemplo con las garantías de la compraventa (arts. 1.461 y ss.) o la gratuidad en el mandato, en el mutuo y en el depósito (arts. 1.711, 1.755 y 1.760 cc).

   Ej. El saneamiento por vicios ocultos (art. 1.484 cc) es una garantía de la compraventa que constituye un elemento natural de ese contrato. Si las partes en el documento en el que formalizan el contrato se olvidan de pactar sobre el saneamiento por vicios, se entiende que se aplicará al contrato todo lo que la ley diga al respecto. Como los elementos naturales se encuentran en preceptos de carácter dispositivo, las partes podrán suprimirlos o modificarlos, pero siempre que lo hagan de forma expresa.

C) Elementos accidentales son aquellos que pueden ser introducidos en el contrato por la voluntad de las partes. Son elementos accidentales la *condición*, el *término* y el *modo* (Lacruz, 1999). A diferencia de los elementos naturales, que se entenderán implícitos en el contrato ante el silencio de las partes, los elementos accidentales para formar parte integrante del contrato habrán de ser introducidos de forma expresa, y en ese caso serán constitutivos del contrato de que se trate y, lo que supone que una vez introducidos serán elevados a la condición de esenciales (Lacruz, 1999).

   Ej. El contrato de compraventa es de cumplimiento simultáneo para la partes, pero pueden pactar expresamente un aplazamiento (sometimiento a término) en el pago del precio.

2. EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES

El consentimiento constituye el primero de los requisitos esenciales del contrato (art. 1.261 cc). El contrato es un negocio jurídico y como tal está integrado por declaraciones de voluntad que proceden de cada una de las partes contractuales. Las diversas declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) terminan convergiendo en una única manifestación de voluntad que es la que

se considera como precepto de autonomía privada por integrar la voluntad negocial (De Pablo Contreras, 2000).

La materia referente al consentimiento contractual comprende dos aspectos diferenciados: el relativo a la *capacidad para consentir* y el que se refiere a la *prestación del consentimiento.*

2.1. Capacidad para contratar

El Código Civil regula en el artículo 1.263 la capacidad para prestar consentimiento: «No pueden prestar consentimiento: primero, los menores no emancipados. Segundo, los incapacitados».

En cuanto a los incapacitados, será la sentencia que declare la incapacitación la que establezca su extensión y el régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado (art. 210 cc). De ahí que incapaz de contratar será equivalente a persona incapacitada, siempre que la sentencia que declare su incapacidad lo establezca, supliendo (o completando en su caso, mediante curador) esa incapacidad por la actuación de su representante legal, lo mismo que en el supuesto del menor no emancipado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Según Díez-Picazo y Gullón (2001), a pesar de la dicción literal del artículo 1.263, no se trata de que el consentimiento pueda ser o no prestado, sino de si el contrato generado por ese consentimiento es válido y eficaz. Por ello, más que de la capacidad para consentir debe hablarse de «capacidad para contratar». Del precepto comentado se desprende una regla implícita de capacidad para contratar: son capaces para contratar todas aquellas personas a quien la ley no declare expresamente incapaces para ello. En realidad, la capacidad para contratar viene a coincidir con la capacidad general de obrar. En consecuencia, aquellas personas que tengan limitada su capacidad de obrar la tienen también limitada para contratar; limitación que dependerá del estado civil del menor de edad o incapacitado en los términos expuestos (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2.2. Las prohibiciones legales para contratar

El art. 1.264 cc establece que: «La incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece». La referencia a «ciertas incapacidades» para contratar establecidas por la ley, son aquellas incapacidades especiales que tradicionalmente han sido denominadas por la doctrina prohibiciones legales para contratar, estas impiden a determinadas personas que se encuentran en una determinada posición en relación al otro contratante, celebrar determinados tipos de contratos.

En la actualidad las prohibiciones legales se reducen a las que afectan a determinadas personas para que puedan comprar determinados bienes (art. 1.459 cc); a la que impide recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes antes de la aprobación definitiva de su gestión, o adquirir del tutelado bienes a título oneroso o transmitirle por su parte bienes por igual título (art. 221, 1º y 3º cc) y las prohibiciones de disponer derivadas de la ley, de la autoridad correspondiente o de la voluntad privada (arts. 26 y 27 lh).

La incapacidad se encuentra relacionada o tiene su fundamento básico en el estado civil de la persona afectada (menor edad, incapacitación). Las prohibiciones, en cambio, se basan en circunstancias que concurren en algún contratante. Por eso la incapacidad afecta, en general, a toda clase de contratos mientras que la prohibición se refiere solo a tipos y supuestos determinados (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2.3. La prestación del consentimiento

Para que el consentimiento se considere válidamente prestado, no es suficiente la capacidad general para contratar, ni que exista un querer efectivo en el fuero interno de la persona. Es preciso que esta voluntad interna se manifieste, que no exista discrepancia entre lo querido y lo declarado y que las partes contratantes coincidan en lo que pretenden, desde sus respectivas posiciones en cuanto al objeto y a la causa del contrato (Puig Brutau, 1986). El consentimiento se puede manifestar expresamente o tácitamente.

Para la sts 20 julio 2006 (rja 4738) que:

> el consentimiento contractual, es decir, el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que constituyen el contrato (art. 1.262, 1°, cc), no ha de manifestarse siempre y en todo caso de forma expresa, sino que es admisible, de cara a conformar los presupuestos necesarios para declarar la validez de los contratos, la apreciación de un consentimiento tácito con base en determinadas deducciones.

En aquellos supuestos en que la voluntad de los contratantes no se manifieste de manera consciente, racional y libre, el contrato no se tendrá por perfeccionado y podrá impugnarse para que los contratantes no se vean afectados por lo que no quisieron. La doctrina ha sistematizado aquellos vicios que pueden afectar a la voluntad de los contratantes en base a dos criterios, en relación a la falta de conocimiento (error, dolo) y con relación a la falta de libertad (intimidación o violencia moral) (Lacruz, 1999).

2.4. La pluralidad de partes. El autocontrato

El contrato requiere de una pluralidad de partes, a su vez cada una de estas partes puede estar integrada por una o varias personas. La doctrina admite el denominado autocontrato, que consiste en que una sola persona, en un mismo contrato, emita las declaraciones de voluntad correspondiente a varias partes; esa misma persona por una parte emite una declaración en nombre e interés propio y, por al mismo tiempo actúa como representante de una o varias terceras personas (física o jurídica) que integran la otra parte contractual (De Pablo Contreras, 2000).

> Este es el caso de quien vende un inmueble de su propiedad (A) a otra persona (B) que previamente le ha nombrado su representante (mandatario) para que pueda actuar como comprador. En ese contrato de compraventa, A actuará en calidad de vendedor, actuando en su propio nombre e interés, y al mismo tiempo actuará como comprador, si bien en nombre e interés de B.

La figura jurídica carece de una regulación general en nuestro derecho positivo, aunque se refieren a la misma diversos preceptos aislados (singularmente destacan el art. 1.459 cc y el 267 cc). La ley prohíbe la autocontratación en supuestos en los que hay conflicto de intereses como sucede en algunos de los supuestos las denominadas prohibiciones legales para contratar (art. 1.459 cc). Los arts. 162 y 163 cc excluyen la posibilidad de que los padres representen a sus hijos menores cuando existan conflictos de intereses; en los arts. 267 y 271 cc se exige la autorización judicial al tutor que pretenda representar al menor para la realización de toda una serie de contratos onerosos.

La autocontratación ha sido admitida, aunque con reservas, por la jurisprudencia. Así, la sts 29 noviembre 2002 (rja 7322), establece que: «El autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación».

3. EL OBJETO DE LOS CONTRATOS

3.1. Concepto de objeto

El objeto es uno de los requisitos esenciales del contrato y aparece mencionado en varios preceptos. En el art. 1.261-2º al referirse al: «objeto cierto que sea materia del contrato». Asimismo el art. 1.271 cuando establece que pueden ser objeto de contrato las «cosas», aun las futuras, que no estén fuera del comercio de los hombres, y todos los «servicios» que no sean contrarios a las leyes ni a la moral; así pues para este precepto las cosas y servicios son el objeto de todo contrato (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La mayoría de la doctrina ha señalado la incorrección técnica del art. 1.271 cc puesto que un concepto de objeto restringido a las *cosas y servicios* o identificado con la prestación comprometida no permite explicar el objeto determinados contratos como los asociativos (contrato de sociedad), los negocios de segundo grado (transacción, reconocimiento, novación, modificación, cesión, convenio arbitral, de interpretación, etc.) en los que el objeto es la relación jurídica anterior, o aquellos que contemplan una situación futura (contratos normativos, precontratos, contratos preliminares) (Gete-Alonso, 1991).

En el intento de formular un concepto unitario de objeto es necesario poner en relación este artículo con el art. 1.261.2 cc, en el que se define al objeto como la «materia del contrato» y con el art. 1.262.1 cc en el que el contrato aparece integrado al consentimiento (acuerdo contractual). Tomando como base dichos preceptos el concepto hoy comúnmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia es el que entiende que el objeto del contrato es la realidad social, representación común de las partes, –la materia– sobre la que recae el consentimiento (De Castro, 1985). De otra parte, considerar el objeto del contrato como la realidad base del consentimiento permite poder diferenciar el objeto del contrato del objeto de la obligación y más concretamente de esta en su fase de cumplimiento (Gete-Alonso, 1991).

Las ssts de 20 julio 2006 (rja 4734), 10 octubre 1997, (rja 7069) y 5 junio 1978 (rja 2219) fijan el siguiente concepto de objeto:

> aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, ora procedente del ingenio humano o en un acto integrador de prestación [...]

3.2. Requisitos del objeto del contrato

El art. 1.271 cc establece que:

> Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.
> Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056.
> Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

En este precepto se hace referencia a tres requisitos del objeto sin los cuales no podrá hablarse de contrato: el de la licitud, y el de su posibilidad y determinación.

3.2.1. Licitud

El requisito de la licitud se expresa en el artículo 1.271 de distinta forma, según se refiera a las cosas o a los servicios. Para las cosas, exige «que no estén fuera del comercio de los hombres [...]».

La extracomercialidad es aquella situación en la que se encuentran determinadas cosas en sentido jurídico, lo que las hace estar sustraídas al tráfico (Gete-Alonso, 1991). Bajo la extracomercialidad de las cosas deben incluirse: 1. Los bienes de dominio público (art. 339). 2. Las cosas no susceptibles de apropiación por considerarse cosas comunes a todos al quedar fuera del ámbito de poder del individuo (cfr. art. 333). 3. Los bienes sustraídos a la libre disponibilidad de los particulares (el estado civil de las personas, los bienes de la personalidad, etc.). Un contrato que recayera sobre cosa fuera del comercio sería un contrato al que le falta un presupuesto objetivo, y por lo tanto sería nulo.

Para los servicios, «que no sean contrarios a las leyes y buenas costumbres». Ejemplos de servicios ilícitos serían el arrendamiento de servicios hechos para toda la vida (art. 1.583), el proxenetismo, etc.

3.2.2. Posibilidad

Dice el artículo 1.272 que «no pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles». La imposibilidad a que se refiere este artículo es la originaria, la existente al celebrarse el contrato. En tal caso, y generalizando lo que se dispone en el artículo 1.460 para la venta ante idéntica eventualidad, el contrato es inexistente o radicalmente nulo (Ej. el supuesto de que se vende una parcela que no existe). Si la imposibilidad no es total, sino parcial, también debe generalizarse, por analogía la norma contenida en el 1.460-2º, lo que faculta al acreedor para optar entre desistir del contrato o reclamar la posible prestación, con una reducción en este caso de que la prestación que corra a su cargo.

La posibilidad, característica de las cosas y servicios, no excluye la futuridad. Dice en tal sentido el artículo 1.271 que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no se encuentren fuera del comercio de los hombres, aún las futuras». Por cosa futura se ha de entender todo bien inexistente en el momento de la celebración del contrato, pero que puede existir según el curso normal de los acontecimientos, ya por hecho de la naturaleza, ya por hecho del hombre, ya por hecho de la naturaleza y del hombre.

> Ej. El labrador que vende su cosecha del próximo año o el dueño de un solar que lo permuta por pisos que el constructor a quien se le cede se obliga a construir.

En todos los casos en que el contrato recaiga sobre una cosa futura, los contratantes asumen la obligación de realizar cuantas actividades sean necesarias para que la cosa llegue a tener existencia y, al propio tiempo, omitir las que pongan en peligro ese resultado.

Por último, el párrafo 2 del artículo 1.271 excepciona de la posibilidad de que las cosas futuras sean objeto de contrato a la herencia futura. Solo admite que el testador (o causante) haga por actos inter vivos la partición de sus bienes, y otras disposiciones particionales, pero con eficacia para después de su muerte.

3.2.3. La determinación o determinabilidad

A tenor del artículo 1.273: «el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los interesados».

Aunque el Código en este precepto únicamente se refiere a las cosas también es aplicable a los servicios. Una vez perfeccionado el contrato, se requiere que la cosa o servicio que constituyan su objeto queden perfectamente determinados, sin que sea necesario un nuevo convenio para fijarlos. En el caso de que este convenio fuese necesario no nos hallaríamos ante un verdadero contrato sino ante tratos preliminares (Lasarte, 2007).

Por «cosa determinada en cuanto a su especie» entiende la jurisprudencia que «la determinación de la cosa se haga en forma que no pueda confundirse con otras distintas» (la sentencia de 28 de octubre de 1952). Por tanto, el objeto puede estar perfectamente determinado en un principio (te vendo mi casa, te vendo este caballo), o relativamente indeterminado, como cuando se señala el género al que la cosa pertenece (te vendo un caballo, te vendo una casa). En este último caso, la determinación del objeto se efectuará al concretarse esa obligación que el Código Civil llama genérica. En suma, pues, el objeto puede ser determinado o determinable, si constan en este último caso en el contrato los elementos, para su determinación (la sentencia de 22 de febrero de 1968).

La STS 16 junio 2003 (RJA 5356) establece la nulidad de una compraventa por discrepancias entre las partes sobre la inclusión en la venta de una balsa de agua, habida cuenta de la indeterminación de los lindes de la finca vendida, lo que afecta al objeto del contrato.

El Código Civil no considera necesario para que el objeto esté determinado el señalamiento de la cualidad. Esto no es necesario si el objeto aparece ya cierto y determinado (este caballo, esta casa). Cuando se ha realizado una determinación del mismo por el género al que pertenece (vino, trigo), se suple la falta de criterios para perfilar la calidad por lo dispuesto en el artículo 1.167: el deudor ha de entregar una cosa de calidad media.

La determinación del objeto del contrato dentro del género señalado por las partes, la fijación del quantum de la prestación o de su calidad puede quedar confiada al arbitrio de un tercero (arts. 1.447 y 1.690).

4. LA CAUSA DEL CONTRATO

Se trata, sin duda, de la materia más discutida dentro de la teoría del negocio jurídico; ya que, para unos –causalistas– la causa es un elemento del negocio jurídico; mientras que, para otros –los anticausalistas– esta es un elemento totalmente inútil o inservible.

4.1. La tesis causalista

A su vez, dentro de la doctrina causalista, se discute en cuanto a qué sea, y en cuanto a cuál es su ámbito. Así, Albaladejo, distingue tres concepciones causalistas: la objetiva, la subjetiva y la unitaria:

a) Para la concepción «objetiva», la causa es el fin práctico del negocio; la razón económico-jurídica del mismo; la función que caracteriza a cada tipo de negocio reconocida por el Derecho; o la síntesis de la voluntad de las partes y del objeto del negocio, objetivados por la Ley. Así entendida, la causa es invariable para cada tipo de negocio.

Por ejemplo, en la compraventa el fin del contrato es el de cambiar cosa por precio. Además para esta concepción, la causa es algo perfectamente diferente de los motivos y de los fines subjetivos concretos que estas persigan en cada supuesto.

b) Para la concepción «subjetiva», la causa es la razón o motivo decisivo que induce a negociar –el fin particular cuya consecución impulsa a realizar el negocio. Para la misma, la causa no consiste en el fin abstracto y permanente, siempre igual en cada tipo de negocio, sino en la finalidad concreta perseguida por cada una de las partes al negociar.

c) Para la concepción «unitaria» o «ecléctica», tanto la consideración exclusivamente objetiva de la causa, como la meramente subjetiva son parciales, porque solo toman en cuenta un aspecto de la cuestión. Por ello se entiende que, es preciso elevarse sobre ellas, aunándolas, porque no son realmente contradictorias ni incompatibles entre sí. Junto al fin que el negocio persigue en abstracto, hay que dar relevancia causal al propósito que indujo al sujeto a alcanzar.

Esta es la teoría seguida por el TS que considera la causa en su aspecto objetivo como el fin que se persigue en cada contrato, sin que este motivo pueda ser identificado con los motivos individuales o psicológicos de las partes. Sin embargo, en determinados supuestos estos motivos personales deberán ser tenidos en cuenta, sobre todo para poder apreciar la ilicitud de la causa; sobre todo cuando aquellos motivos se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, etc., y sobre todo cuando dichos motivos han sido reconocidos por ambas partes y pueden considerarse incorporados a la situación inspiradora del negocio (Amorós Guardiola, 1990).

La causa que el CC cita es la de la obligación: «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º consentimiento de los dos tratantes; 2º objeto cierto que sea materia del contrato; 3º causa de la obligación que se establezca» (art. 1.261 del CC). En sustancia, es patente, que para dicho cuerpo legal, requisito del contrato es que haya causa de la obligación.

El art. 1.274 no se da una verdadera definición de causa del contrato, simplemente se dice lo que se entiende por causa en cada uno de los tipos contractuales que en él se especifican (Amorós Guardiola): «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor».

4.2. La tesis anticausalista

Según dicha orientación, la causa es algo totalmente inútil, y los códigos que la acogen, podían haber prescindido de la misma, sin que nada cambiase por ello. Refiriéndose, en concreto, a la causa de las obligaciones contractuales, se entiende que en los contratos onerosos, la causa se confunde con el objeto, y en los gratuitos con el consentimiento del que hace la liberalidad.

4.3. Requisitos de la causa

1º La causa ha de existir. Los contratos sin causa no producen efecto alguno (art. 1.275, párrafo primero), o, dicho de otro modo, son inexistentes. Pero no hace falta que esta se haga constar de forma expresa en el contrato, puesto que se presume la existencia de la causa mientras el deudor no pruebe lo contrario (art. 1.277).

Sería el caso de quien queriendo defraudar a sus acreedores simula una compraventa de sus bienes pero en realidad ni se le ha entregado ninguna cantidad de dinero por ellos ni tampoco ha habido un traspaso posesorio. Este contrato sería radicalmente nulo.

2º La causa ha de ser verdadera. La causa falsa puede ser falsa propiamente dicha o simulada. Es falsa propiamente dicha la causa que tiene por base la credulidad en un hecho no existente; y simulada, la que tiene lugar cuando se hace aparecer artificiosamente una distinta de la verdadera. (Ej. Se simula una compraventa pero en verdad se ha realizado una donación encubierta.) La causa falsa se confunde, en realidad, con la inexistencia de causa y produce la inexistencia del contrato; la simulada no siempre produce este efecto, porque puede suceder que la causa oculta, pero verdadera, baste para sostener el contrato. De acuerdo con esta doctrina, dice el artículo 1.276 de nuestro Código que «la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita».

3º La causa ha de ser lícita. El CC recoge al lado de los contratos sin causa aquellos que, aunque tengan causa esta puede ser calificada de ilícita. Es ilícita la que se opone a las leyes o a la moral y produce la no existencia del contrato (art. 1.275). Pero se presume la licitud de la causa, mientras no se pruebe lo contrario (art. 1.277).

En la jurisprudencia podemos encontrar los siguientes supuestos de causa ilícita:

La STS 27 marzo 2007 (RJA 1616) en un caso de un contrato de donación en escritura pública, a favor de su hija que ha sido calificado en sentencia firme como delito doloso estima que: «es nulo desde el principio, en estricta aplicación del artículo 1.275: la causa debe ser lícita; es ilícita como dispone esta norma la que es contraria a la Ley como el caso extremo de ser delictiva y el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del artículo 6.3». La STS 20 julio 2006 (RJA 4734) estima la existencia de causa viciada por oponerse a las Leyes y a la moral en su conjunto en el caso de contratos de compraventa de de votos de determinados acreedores para su expresión en la junta de graduación de un expediente de quiebra. La STS 21 julio 2003 (RJA 6579), establece la nulidad de una compraventa de vivienda efectuada ante la inminencia de una reclamación judicial por entidad bancaria, con la finalidad de evitar aquella. La STS 23 octubre 2002 (RJA 9481), nulidad de la escritura de compraventa simulada y nulidad de la donación disimulada, se otorga con la única finalidad de defraudar a los herederos legitimarios. Finalmente, un supuesto de *causa inmoral* sería el caso de donaciones realizadas para compensar una relación concubinaria. No se estima esta finalidad en la STS 18 noviembre 1994 (RJA 8777), que sí que se aprecia en la de 2 abril 1941 (RJA 493) en donde al tratarse de una compensación económica para paliar los quebrantos por una relación concubinaria, se estimó, con acierto, que estos móviles emergían como causa de contrato y proyectaban una evidente inmoralidad a toda la operación, al ser ese pacto evidentemente contraventor de la moralidad imperante.

5. LA FORMA DE LOS CONTRATOS

5.1. La noción de forma del contrato

La expresión «forma» se emplea en nuestra legislación con muy diversos significados: forma, en un sentido amplio, designa el vehículo o medio de expresión (la voz, la escritura, el gesto, la conducta) del cual se sirven las partes para emitir sus declaraciones de voluntad y para hacerlas llegar o hacerlas conocer a sus destinatarios. La forma es la vía de exteriorización de la voluntad interna de los contratantes y desde este punto de vista amplio es una cualidad presente en todos los contratos (Lalaguna, 1992).

La forma en un sentido estricto se refiere a cuando la ley o la voluntad de los particulares imponen un determinado medio (documento público, documento privado, etc.) para exteriorizar la voluntad contractual en determinados contratos, por ello llamados formales o solemnes. Estas formalidades consisten en un *plus* que se añade respecto del consentimiento y adquieren el rango de requisito esencial de validez del contrato junto con los del art. 1.261 (López y López, 1994). El contrato no alcanzará plena validez y eficacia jurídica si la voluntad no se manifiesta a través de la forma prescrita (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En contraposición a estos están los contratos consensuales (o no formales) cuya validez, perfección y eficacia dependen únicamente de la existencia del consentimiento, cualquiera que sea la manera a través de la que este se haya manifestado.

> Ej. La donación de bienes inmuebles es un contrato formal que debe de realizarse mediante escritura pública (art. 633 cc), luego aquella donación de fincas que se realice mediante documento privado será nula por faltar el requisito de forma.

5.2. El principio de libertad de forma en el Código

El principio espiritualista o de libertad de forma supone que basta el consentimiento para que el contrato tenga plena fuerza obligatoria. Este principio constituye la regla general que inspira el sistema de contratación civil en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 1.258 y 1.278 del Código Civil). El Código respecto a la forma de los contratos continúa la orientación tradicional del Ordenamiento de Alcalá al formular este principio en el artículo 1.278 cc: «Los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

El principio de libertad de forma es compatible con la existencia de contratos formales en nuestro ordenamiento jurídico. De modo que la regla general es la libertad de forma, los contratos consensuales, mientras que la excepción la constituyen los contratos formales (López y López, 1994).

5.3. El formalismo

Las formas del contrato a las que hace referencia el Código pertenecen a dos categorías diferenciadas, según que la forma sea requisito esencial o no del contrato; en este sentido podemos hablar de formas solemnes (*ad solemnitatem*) y formas probatorias (*ad probationem*).

5.3.1. Las formas solemnes o constitutivas

Se denomina forma solemne (*ad solemnitatem, ad substantiam* o constitutiva) aquella que es esencial para la validez del contrato, su omisión lo priva de todos sus efectos, por más que se acredite la concurrencia del consentimiento (Borda, 1993). La forma solemne puede tener su origen en la ley o en la voluntad de los contratantes.

En el Código Civil podemos encontrar los siguientes contratos formales: la donación de inmuebles (art. 633), el censo enfitéutico (art. 1.628), la hipoteca (art. 1.875 cc y 145 lh); las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (art. 1.327 cc); repudiación de derechos hereditarios que «deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato» (art. 1.008).

En las leyes especiales de consumo estamos asistiendo a un renacimiento de del formalismo. En este caso la exigencia de forma se establece como un beneficio a favor de los consumidores al dotar a los contratos de una mayor fijeza. El formalismo en la gran mayoría de casos consiste en el otorgamiento de forma escrita y la entrega de ejemplares al consumidor (De Pablo Contreras, 2000).

Este es el caso de la Ley 7/1996, de 15 enero de Ordenación del Comercio Minorista arts. 11.1 y 11.2; Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, art. 23; Ley 50/1980 de 8 octubre de Contrato de seguro, disp. adic. 3ª, introducida por Ley 34/2003, de 4 noviembre y la Ley 59/2003 de Firma Electrónica, art. 1.2.

El principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 cc) permite que las partes en aquellos contratos para cuya existencia o validez la ley no requiere una forma especial de constitución, puedan quedar sujetas las a la observancia de una cierta forma en virtud del principio del autonomía privada (López y López, 1994).

> Ej. Las partes pueden pactar la compraventa de una vivienda en construcción en un contrato privado y en una de sus cláusulas establecer que al finalizar la obra las partes elevarán el contrato privado a escritura pública.

La omisión de la forma *ad solemnitatem*, pactada o impuesta por la ley, produce como efecto la falta de validez del contrato (Borda, 1993), puesto que la forma constitutiva cumple una función específica esencial en la configuración del contrato, en el sentido de que sin ella el contrato es nulo o inexistente. La forma constitutiva tiene la misma consideración de elemento esencial del contrato que los contemplados en el art. 1.261 cc.

5.3.2. Las formas probatorias

La forma probatoria (*ad probationem*) es aquella que solo es exigida como medio de prueba, como protección de la eficacia del contrato frente a terceros, servir de título de ejecución, ingresar en los Registro o ser presentados en oficinas públicas o conferir una especial prelación a los créditos (López y López, 1994).

En nuestro sistema registral solo los contratos que han sido formalizados en documento público pueden acceder al Registro, por así establecerlo el art. 3 lh establece que puedan ser inscritos, entre otros los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos» siempre que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.

El interesado puede obligar a la contraparte a cumplir con las formalidades que la ley exige (Borda, 1993). La omisión de la forma *ad probationem* produce como efecto que cualquiera de las partes puede exigir a la otra el otorgamiento de escritura o de la forma especial a que se refiere el art. 1.279 cc.

En el caso de que la contraparte se niegue a adoptar la forma prescrita, por lo general la escritura pública, se puede interponer demanda solicitando al juez que otorgue la escritura pública del que estaba obligado.

El Código contempla las formas *ad probationem* en los arts. 1.279 y 1.280 cc. Aunque la redacción de ambos preceptos es harto confusa, la doctrina es unánime al afirmar que en ellos no se está haciendo referencia a la forma *ad solemnitatem.*

El art. 1.279 cc establece que: «Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez».

El artículo 1.280 dispone lo siguiente:

> Deberán constar en documento público:
>
> 1º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.
> 2º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.
> 3º Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.
> 4º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.
> 5º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.
> 6º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.
>
> También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas.

La doctrina estima que la expresión «deberán constar en documento público» del art. 1.280 no ha de tomarse en sentido literal, puesto dado el amplio número de actos y contratos que contempla, el principio de libertad de forma del art. 1.278 cc carecería de sentido al quedar reducido a unos pocos contratos.

El deber de «constar en documento público» los actos y contratos a que se refiere el artículo 1.280 no afecta a la validez o existencia del contrato (art. 1.261). El deber legal del precepto queda circunscrito a la finalidad de que cualquiera de los contratantes ejercite la facultad que le otorga el artículo 1.279 de exigir al otro que el contrato (válido aunque no conste en documento público) se otorgue en escritura pública, ante las ventajas evidentes que esta tiene, no solo a efectos de prueba (arts. 1.218, 1.225-1.227 del cc) sino también a otros efectos, como el acceso a los Registros (arts. 32 de la Ley hipotecaria y 39 de la Ley de Hipoteca mobiliaria), el de su oponibilidad a terceros (arts. 1.526, 1.549, 1.865, del cc), o el de preferencia de los créditos en caso de concurso (arts. 1.924 y ss. del cc) (Lalaguna, 1992).

Podemos concluir que son formas *ad sustantiam* aquellas que apareciendo mencionadas en el art. 1.280 cc, además son apoyadas por una expresa referencia legal. Este sería el caso de

la hipoteca, puesto que el art 145 LH establece que: «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1. Que se hayan constituido en escritura pública. 2. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad». O la donación de inmuebles (art. 633 CC).

Serán formas *ad probationem* siempre que no exista otra norma que expresamente indique la exigencia de una forma determinada.

> Ej. un supuesto de forma *ad probationem* es el de la compraventa de inmuebles, de modo que será válido un contrato de compraventa de una casa realizado en documento privado, a pesar del mandato del art. 1.280.1 CC que exige que: «Deberán constar en documento público: los contratos que tengan por objeto [...] la transmisión [...] de derechos reales sobre bienes inmuebles», puesto que ninguna otra norma, ni del código ni de ley especial exigen que se otorgue en escritura pública.

La STS 10 marzo 2001 (RJA 5967) refiriéndose a la compraventa de acciones en documento privado estableció que: «el requisito de forma para esta clase de negocios jurídicos [compraventa de acciones], a pesar del carácter imperativo del precepto [1.280,6 CC] , no se exige como un elemento constitutivo del mismo, esto es *ad solemnitatem*, sino solamente *ad probationem*, como reiteradamente tiene reconocido la doctrina de esta Sala entre otras además de la citada por la parte recurrida, para el supuesto de cesión de acciones la de 9 de diciembre de 1977 (RJ 1977, 4707), y las de 3 febrero de 1987 (RJ 1987, 674) y la de 19 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4317), para otros supuestos, pero igualmente válidas para el supuesto contemplado en el núm. 6 del art. 1.280 del Código Civil, en las que se estima que «de acuerdo con las normas de los artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil, la del 1.280 no comporta la exigencia de formalidades *ad solemnitatem* sino tan solo *ad probationem* ...»

A pesar de los términos imperativos en que aparece enunciado el último párrafo del artículo 1.280 («También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas»), el Tribunal Supremo ha entendido que no afecta a la validez del contrato el hecho de que no se cumpla el requisito de su redacción por escrito. Se hace prevalecer así sobre la letra de este precepto la norma del artículo 1.279.

Así la STS 19 febrero 2004 (RJA 821) estima que: «la exigencia de forma escrita contenida en el último párrafo del art. 1.280 CC («también deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratos exceda de 1.500 pesetas»), no tiene el alcance de forma solemne con repercusión en la eficacia obligatoria de los contratos».

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Elementos del contrato

Carrancho Herrero, M. T.: «Los denominados elementos accidentales del contrato», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozo,* (coords. C. Vattier Fuenzalida, J. M. de la Cuesta Sáenz, J. M. A. Caballero Lozano), Vol. 1, Madrid, Dykinson, 2003, págs. 287-304.

2. Causa

Marín López, M. J.: «La causa del contrato», *Aranzadi Civil,* nº 18, 2008, págs. 15-38.
Saborido Sánchez, P.: *La causa ilícita: delimitación y efectos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

3. Forma

Gómez-Salvago Sánchez, C.: *La forma voluntaria del contrato,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
Poveda Bernal, M. I.: «Forma del contrato», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozo,* (coords. C. Vattier Fuenzalida, J. M. de la Cuesta Sáenz, J. M. A. Caballero Lozano), Vol. 1, Madrid, Dykinson, 2003, págs. 227-248.

Tema 10
Los vicios de los elementos del contrato

1. LOS VICIOS DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO

Con el término *vicio* se está haciendo referencia a cualquier anomalía que afecte a los elementos del contrato, bien por faltar alguno de ellos o bien, aún en el caso de existir todos, porque alguno de ellos presente algún tipo de deficiencia (Valpuesta, 1994).

Para que el contrato nazca es presupuesto que sea obra de la voluntad libre y consciente de los que la otorgan, esta ha de ser consecuencia de un consentimiento serio, espontáneo y libre, cuando no concurren estas circunstancias el consentimiento se halla viciado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La doctrina jurídica ha sistematizado los vicios que afectan al consentimiento en dos grupos: el primero, constituido por los *vicios de la formación del consentimiento* o simplemente vicios del consentimiento (error, violencia e intimidación y dolo) y el otro, por los *vicios de la declaración* (error obstativo, reserva mental y declaración de voluntad falta de seriedad) (Castán, 1992). Algún autor, a su vez, dentro de los vicios de la formación distingue entre los supuestos de *falta de conocimiento* (error, dolo) y los de *falta de libertad de exteriorización de la libertad libremente formada* (intimidación o violencia moral) (Lacruz, 1999).

2. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

2.1. Vicios de la formación del consentimiento

Los vicios del consentimiento aparecen enumerados en el art 1.265 del Código Civil que dice que «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo», de lo que se deduce que existe una enumeración taxativa de causas que permiten la impugnación del contrato por vicios del consentimiento contractual. No obstante, la admisión de aquellas causas se hace en la jurisprudencia con grandes cautelas y con un sentido excepcional muy acusado.

Es de reseñar que el rigor del art. 1.265 se encuentra suavizado por los subsiguientes de tal forma que la regla general será la anulabilidad del negocio viciado y solo excepcionalmente, bajo determinadas circunstancias el negocio será nulo.

2.2. Vicios de la declaración

Para que la voluntad tenga relevancia jurídica debe manifestarse al exterior mediante la pertinente declaración, con el fin de que sea conocida por el otro contratante y se integre en el consentimiento contractual, así pues podemos hablar de voluntad internamente formada y declaración de la misma. Pueden existir problemas cuando hay discordancia entre la voluntad interna y la externa, debiendo resolverse cuál de las dos voluntades es la que debe prevalecer. El criterio que se tiene en cuenta es el de valorar los intereses que hay en juego, así como los comportamientos de la partes. Entre las dos voluntades se da preferencia a la voluntad interna, sin embargo esta cederá ante la voluntad declarada cuando la divergencia es imputable al declarante y de forma razonable se ha generado una confianza en la otra parte sobre la voluntad negocial (Valpuesta, 1994).

La divergencia entre la voluntad interna y la declarada da lugar a los supuestos de: reserva mental, el error obstativo, la violencia absoluta, la reserva mental, y la simulación.

3. LOS VICIOS DE LA FORMACIÓN: EL ERROR

3.1. Error en la formación de la voluntad. El error propio

El error es una falsa representación mental o equivocado conocimiento de la realidad que vicia el proceso de formación del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido contratar de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido pero de otra manera. Este es el llamado tradicionalmente *error-motivo o error propio* contemplado en el art. 1.266 del CC, precepto que fija las condiciones para que el error pueda producir vicios invalidantes, además en el mismo se hace referencia a otras clases de error (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El art. 1.266 CC establece que:

> Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.
> El error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.
> El simple error de cuenta solo dará lugar a su corrección.

La doctrina distingue también entre error motivo o propio y error obstativo. El error propio es el que afecta a la formación de la voluntad misma, de modo que el sujeto se decide a declararla precisamente porque lo sufre. Esta clase de error puede ser tanto de hecho o de derecho: en el primero existe un equivocado conocimiento de la realidad fáctica y en el segundo, de la jurídica. El error obstativo es el que se produce cuando alguien manifiesta algo distinto de lo que realmente quiere, es decir, que emite una declaración de voluntad que no coincide con la interna (De Pablo Contreras, 2000). Este error es contemplado por la doctrina como un vicio de la declaración.

> Ej. En un contrato se utiliza la expresión compraventa cuando se quería decir arrendamiento. Cabe demostrar que ha habido error si del análisis del resto del texto se puede deducir que estamos ante un arrendamiento al establecerse el carácter mensual del precio.

3.2. Error propio invalidante o esencial

El art. 1.266 CC se refiere al error motivo o error propio y en él se especifican aquellos errores que invalidan el contrato:

A) *Error sobre la sustancia o cualidades.* Según el párrafo 1º de aquel precepto: «para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo». Esta clase de error no solo se refiere a las cosas sino también a las prestaciones pactadas por las partes. Con carácter genérico recibió el nombre de error *in corpore o in re* por referirse a los elementos sobre los que recae el consentimiento contractual (De Pablo Contreras, 2000).

   Según Puig Brutau (1986), el precepto parte de la idea de que el *error sustancial* es de tal gravedad que debe considerarse determinante, mientras que en el caso de *error sobre las cualidades* o condiciones del objeto, estas han de ser las que efectivamente hayan inducido a contratar.

El primer supuesto es el que los romanos denominaban error *in substantia*. Ej. Alguien compra un caballo creyendo que era el que había probado en el tentadero o compra un cuadro creyendo que era de Goya y en realidad es de otro pintor contemporáneo. El segundo caso fue denominado error *in qualitate.* Sería por ejemplo compramos una lámpara de plata maciza cuando en realidad solo lleva un baño de ese metal.

B) *El error sobre la persona* (error *in persona*). De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 1.266, «el error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese principal del mismo».

Tal como se desprende del precepto solamente será relevante este error si la consideración a la persona ha determinado a la celebración del contrato. En este error ha de incluirse tanto el que recae sobre la identidad de la persona como sobre sus cualidades. El primer supuesto sería el caso de que creemos que estamos contratando con Dalí, el pintor famoso, y luego resulta ser un sobrino de su mismo nombre y apellido. El segundo supuesto sería cuando queriendo que nos restauren una retablo gótico, contratamos a un profesional creyendo que es un restaurador de tablas cuando en realidad solo lo es de esculturas.

El error *in persona* invalidante tiene lugar principalmente en los negocios celebrados *intuitu personae*, porque estos se celebran por motivos de amistad (mandato, sociedad, depósito, etc.), o porque su ejecución requiere de aptitudes personales (contratos de obra o servicios) o porque son contratos gratuitos (donación) (De Pablo Contreras, 2000).

3.3. Error propio no invalidante

Según Díez-Picazo y Gullón (2001), además de los errores invalidantes que de forma expresa recoge el art. 1.266 podemos encontrarnos con los siguientes:

a) *El error de cálculo*. Es el error de cuenta derivado de un defecto de cálculo o equivocación en una operación matemática cuyas bases se conocen. Solo da lugar a su corrección.

b) *El error sobre los motivos*. Los móviles internos, subjetivos, que llevan a las partes a contratar, no son nunca tomados en cuenta en aras de la seguridad jurídica. Ej. La novia que se compra un traje para la boda que luego no se celebra.

c) *El error sobre el valor.* Es un error que carece de trascendencia jurídica, puesto que el Código Civil está inspirado en los principios de la economía liberal y en consecuencia el de la libertad de mercado. Si no es acogido, dado los principios de economía liberal en que se inspira el Código Civil, salvo que haya habido mala fe por la otra parte. Ej. Datos contables inexactos hacen creer que unas acciones sociales tienen un determinado valor.

d) *El error sobre la cantidad, peso o extensión* (error *in quantitate*). En principio no vician el contrato, salvo que el error sea de tal magnitud que implique la pérdida de una cualidad que se atribuye a la cosa. Así, por ejemplo, el caso en que se compra un solar creyendo que tiene 60 m^2 que es la superficie mínima edificable que establecen las ordenanzas municipales; pero resulta que no llega a esa superficie mínima y por lo tanto pierde la cualidad de la edificabilidad.

3.4. Presupuestos para la relevancia del error propio

La doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados presupuestos para que el error propio sea relevante y pueda anular el contrato (Puig Brutau, 1986):

1º Ha de ser esencial en el sentido de que determine la voluntad del contratante que lo alega. El error relevante debe incidir en un elemento del negocio que sea básico o esencial.

2º Ha de existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y finalidad perseguida por el contratante.

3º Ha de ser un error excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido, en caso contrario sería inexcusable, en el sentido de que la contraparte no podría ampararse en el mismo cuando ella hubiese podido evitar el error empleando una diligencia normal. El error relevante es el error excusable, pese al silencio del Código Civil.

4º El error que ha sufrido uno de los contratantes ha de ser recognoscible por el otro. Es decir, que si el error de uno de los contratantes es advertido por el otro, este tendrá que soportar la impugnación del contrato celebrado por su propia negligencia.

4. LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN

4.1. La violencia

Hay violencia, dice el párrafo 1.267-1º «cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible». Para que la violencia vicie el consentimiento se exige que haya sido irresistible. Este precepto regula conjuntamente dos vicios de la voluntad: la *violencia* que se caracteriza por el empleo de la fuerza física (coacción física) y la *intimidación* por la coacción moral.

La violencia vicia el consentimiento lo mismo si su autor es una de las partes del contrato o como si lo ha sido un tercero sin participación alguna en él, tal como se refleja en el art. 1.268 tanto para la violencia como para la intimidación.

La coacción física para que invalide el consentimiento ha de ser absoluta, ha de consistir en la fuerza bruta y material que excluye por completo la voluntad y la sustituye convirtiendo al declarante en un mero autómata (ej. una persona analfabeta firma con su huella dactilar un documento porque otra le ha sujetado y le ha llevado el dedo).

Según De Castro lo irresistible se refiere al hecho de encontrarse el contratante en una situación de fuerza frente a la que no cabe resistencia, en la que, dadas las circunstancias, no se ha dado la posibilidad de una oposición eficaz.

4.2. La intimidación

Hay intimidación según el art. 1.267-2º: «... cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». Los elementos constitutivos

de la intimidación son, por una parte, un factor externo, la amenaza, y otro interno, la creación de un estado de temor producto de tal amenaza; entre ambos factores debe de existir un nexo o relación de causalidad, de forma que el contrato se produce como consecuencia de la amenaza (Valpuesta, 1994).

La *amenaza* supone el anuncio de un mal «inminente y grave». La inminencia requiere un juicio sobre la mayor o menor proximidad del mal que se espera y sobre la mayor o menor posibilidad de evitarlo; además la amenaza debe ser determinante de la declaración de voluntad, debe existir un enlace causal entre ella y el consentimiento emitido. La inminencia y gravedad exigen igualmente una certidumbre del mal con que se amenaza. No hay verdadera amenaza si se trata de un peligro incierto, remoto o inconcreto (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El segundo elemento de la intimidación es una *situación de temor* creado en el sujeto pasivo. El Código Civil al exigir que sea «racional y fundado», parece que establece una medida objetiva del temor. No obstante, el art. 1.267-3º obliga al juzgador para apreciar la existencia de intimidación, que atienda «a la edad, al sexo y a la condición de la persona».

En el 1.267-4º hay una referencia al denominado «temor reverencial», estableciendo que este es «el temor de desagradar a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato». No obstante, habrá intimidación si esas personas, en vez de inspirar un miedo reverencial están inspirando un temor racional y fundado de un mal grave e inminente.

5. VICIOS DE LA FORMACIÓN: EL DOLO

Dice el artículo 1.269 cc que: «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

El dolo o engaño fraudulento es otro de los vicios del consentimiento con efectos invalidantes. El dolo parte de una conducta ilícita que recae sobre una persona a la que se induce a contratar, pero a diferencia de la violencia o de la intimidación, no se actúa sobre la libertad, sino sobre el conocimiento, ya que mediante el dolo se produce un engaño (Valpuesta, 1994). Ej. En el siglo pasado era frecuente en las ferias de ganados que se pintase a los animales viejos, sobre todo burros y caballos, para simular que eran jóvenes y engañar así al comprador poco avezado.

La esencia del denominado dolo *in contrahendo* radica en la voluntad productora de un engaño, causada por la conducta de una de las partes del contrato. En esta figura, a diferencia de lo que ocurre con la violencia o la intimidación, no se admite el dolo causado por un tercero (Díez-Picazo y Gullón, 2001). A diferencia del error como vicio de la voluntad, en el dolo se toma en consideración de manera relevante el hecho de su provocación por medio de un artificio o maquinación fraudulenta que lleva a cabo el otro contratante (Puig Brutau, 1986).

El Código Civil al referirse a «palabras o maquinaciones insidiosas» parece que contemple solamente un comportamiento positivo y que rechace el dolo omisivo, es decir, el que ha originado un engaño porque un contratante no ha informado al otro de hechos o circunstancias que, hubieran llevado al que las desconoce a la no celebración del contrato. Ante el silencio del legislador el ts ha venido estableciendo que el dolo omisivo también es relevante porque la buena fe impone el deber de informar de la veracidad de aquellas circunstancias que se sabe o debe saberse que inducen a la otra parte a contratar (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Según el artículo 1.270, para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y haber sido empleado únicamente por una de dos partes contratantes. El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

El *dolo grave* se ha entendido tradicionalmente como el que da causa al contrato, el que sin él no se hubiese celebrado, y el *dolo incidental* como el que recae sobre circunstancias de orden secundario o elementos que no han sido determinantes del contrato, lo que es un problema de interpretación de la voluntad de las partes (Díez-Picazo y Gullón, 2001)

Pero no toda conducta positiva u omisiva dolosa tiene trascendencia jurídica, puesto que podemos encontrarnos con el denominado *dolus bonus*, conocido en Derecho romano, que es el margen de maniobras, dirigidas a conseguir que se contrate tolerado, por la conciencia social y por los usos. El *dolus bonus* tiene un campo de aplicación específico en la propaganda (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El dolo solamente tendrá relevancia cuando ha sido empleado por una de las partes. Cuando el dolo es recíproco, es decir, ejercitado por ambas partes contratantes, carece de toda trascendencia, puesto que la buena fe debe ser exigida a ambos contratantes (Puig Brutau, 1986). En este caso se produciría una compensación del dolo (De Pablo Contreras, 2000).

6. LOS VICIOS DE LA DECLARACIÓN

6.1. La reserva mental

Esta supone una divergencia consciente entre el querer interno del sujeto y la manifestación de ese querer causada de forma unilateral por quien emite la declaración. El declarante emite una voluntad que en su interior no quiere, o bien con unos efectos restringidos de los propios de la misma. En otras palabras, su voluntad real es restringir o anular la eficacia de lo declarado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La reserva mental no se encuentra regulada en el cc. Si bien con arreglo al principio de la protección de la confianza y de la buena fe, esta reserva mental carece de efectos frente a la contraparte del contrato. Así pues el contrato es válido, es por lo tanto, vinculante para quien emitió la declaración de voluntad con reserva, puesto que con su actuación culpable generó la confianza de la otra parte (Valpuesta, 1994).

6.2. El error obstativo o impropio

El error obstativo o error en la declaración de la voluntad, según Díez-Picazo y Gullón (2001), es el que recae en la declaración de voluntad, cuando esta no ha tenido esta ningún obstáculo para formarse libremente, pero al expresarse al exterior se da el error, la divergencia no deseada entre lo declarado y querido .

Son supuestos típicos de error obstativo el caso de quien en una subasta hace un gesto que se interpreta como que puja en ella, o el supuesto del *lapsus linguae* o *calami,* del que dice o escribe vender en vez de arrendar, o en vez de entregar un objeto distraídamente entrega otro (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El error obstativo no se encuentra regulado en el CC a diferencia de lo que sucede con el error propio. Según el TS debe prevalecer la voluntad real, pero cuando la disconformidad sea imputable al declarante por malicia o negligencia, debe prevalecer la voluntad declarada sobre la interna, si la otra parte obró de buena fe, en aras de la protección del tráfico y por razones de seguridad jurídica.

En el caso de la STS 25 febrero 1995 (RJA 1643) unos ancianos cedieron mediante escritura públicos unos bienes a unas por no estar en condiciones, por razón de edad avanzada, para atenderlos, ni de cuidarse a sí mismos, y ello a cambio de recibir la asistencia que les fuera necesaria. Dado el estado en que se encontraban el precio pagado por los bienes fue irrisorio. El Tribunal estimó que: «hubo error en los vendedores, considerando como tal el falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (Sentencia de 21 mayo 1963 [RJ 1963\3586]). Error que puede calificarse, como hizo ya el juzgador de primera instancia y aceptó el de la segunda, de error obstativo, es decir, no influyente en la formación de la voluntad sino con efectos en la declaración y transmisión de la misma, que no se correspondió con la realmente existente».

La STS 26 noviembre 1956 establece que la declaración no se correspondió con la voluntad «realmente existente» como si, por ejemplo se declara comprar la finca XX cuando la que se quería comprar era la finca Z (STS 26 noviembre 1956).

La STS 10 abril 2001 (RJA 2027) establece la diferencia entre error vicio [propio] de la voluntad «ex» art. 1.266 CC y el error obstativo: «es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error –vicio de la voluntad–, regulado en el artículo 1266 del Código Civil, el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos –salvo que sean quienes han producido dicho error– y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales».

La STS 22 diciembre 1999 (RJA 9369) establece que: «el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente».

6.3. La declaración de voluntad falta de seriedad

Es también un caso de divergencia consciente entre la voluntad y la declaración. El declarante emite voluntariamente su declaración, pero lo hace sin una seria voluntad de obligarse y sobre la base de que esta falta de seriedad será advertida o reconocida por el destinatario de la declaración. Se habla también en este caso de declaraciones *iocandi causa* o por broma (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Ej.- Cuando se le propone a un conocido venderle un coche en un precio muy bajo el día de los Santos Inocentes, a sabiendas de que se dará cuenta de la broma. Cuando alguien en una representación teatral le propone a otro cualquier tipo de negocio.

Esta declaración de voluntad está privada de todo efecto. Si que tendrá efectos en el supuesto en que la falta de seriedad no pudiese ser reconocida por el destinatario, porque el contexto de la declaración no permitió advertir ese carácter de la misma. En este caso un sector de la doctrina opina que el autor de la declaración *iocandi causa* estará obligado a indemnizar los daños causados a la otra parte (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

LECTURAS RECOMENDADAS

De Verda y Beamonte, J. R.: «La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento» en Aavv, *La terminación del contrato: nuevas tendencias del Derecho comparado,* (coord. por J. A. Gaitán Martínez, F. Mantilla Espinosa), Bogotá, 2007, págs. 41-89.

—: *Error y responsabilidad en el contrato,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Del Olmo García, P.: *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Tema 11
Las fases del contrato

1. LAS FASES DEL CONTRATO

La doctrina viene distinguiendo varias fases en la vida del contrato: la generación, la perfección, la ejecución y la consumación:

A) La formación o generación comprende los *preliminares* y el proceso de *formación interna* del contrato (Castán, 1992).

B) La perfección supone el nacimiento del contrato a la vida jurídica tras el concurso de la oferta y de la aceptación. La perfección supone que el contrato ya existe, que se han creado las obligaciones y a partir de ese momento son exigibles.

C) La ejecución es el momento en que va teniendo lugar la realización o cumplimiento de las obligaciones que se han creado con la perfección del contrato. Así, por ejemplo, en la fase de ejecución es cuando ha de entregarse la cosa y el precio en la compraventa, en el caso de que esta entrega no hubiese coincidido con el momento de la perfección del contrato.

D) La consumación está integrada por el *cumplimiento del fin* para que se constituyó el contrato, supone que las obligaciones contractuales se han extinguido mediante su normal cumplimiento. En esta etapa ya no quedan obligaciones por cumplir.

El cc no regula de modo sistemático las fase del contrato, y los preceptos que dedica sobre todo a la formación y la perfección del contrato son escasos e imprecisos (Martínez de Aguirre, 2000).

2. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

2.1. Los tratos preliminares

La expresión «formación del contrato» comprende los actos que preceden a la perfección de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El contrato frecuentemente se concluye a través de unas relaciones muy simples, una parte acepta lo que la otra le propone, son estos los denominados supuestos de formación instantánea del contrato. Sin embargo, hay contratos de cierta entidad y complejidad que exigen que las partes mantengan una serie de tratos, conversaciones o negociaciones preliminares para que pueda producirse el concurso de la oferta y la aceptación.

Los preliminares del contrato se inician con un acto volitivo de la parte proponente (proposición, oferta o solicitación) que suele ir seguido de otra manifestación de voluntad en virtud del cual la persona que recibe la oferta para contratar manifiesta estar interesada en principio, con la misma, aunque sin comprometerse de momento (Castán, 1992). En realidad, en los tratos preliminares o previos las partes se intercambian información acerca de las condiciones en las que estarían dispuestas a celebrar un determinado contrato (Martínez de Aguirre, 2000). Los tratos preliminares pueden tener un contenido variado, desde las simples conversaciones, remisión de escritos y documentación, estudios técnicos, etc.; los tratos previos pueden terminar bien en la celebración del contrato o en el desistimiento por parte de uno o ambos contratantes (Valpuesta, 1994).

Los tratos preliminares no generan obligaciones para las partes, que continúan siendo libres para llegar o no a la celebración definitiva del contrato. Sin embargo, aunque con los tratos

preliminares no existe una verdadera relación jurídica entre los interesados, es evidente que nos encontramos ante una relación social o un «contacto social» como establece la doctrina alemana. Esta relación impone determinados deberes, en cuya virtud las partes están obligadas a comportarse con la buena fe necesaria y lo que no se acomode a ella originará una responsabilidad denominada por *culpa in contrahendo* (Díez-Picazo y Gullón, 2001) o *responsabilidad precontractual* (Valpuesta, 1994).

2.2. La responsabilidad precontractual

La norma general es que la ruptura de los tratos preliminares no origine responsabilidad alguna, salvo que se acredite que las negociaciones preliminares se iniciaron de mala fe, en cuyo caso la parte perjudicada podrá exigir la reparación del daño causado (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Ej. Se iniciaron conversaciones para alejar a la otra parte de otros tratos, o para averiguar datos de una determinada empresa.

El problema se presenta al tratar de señalar el régimen legal de esta responsabilidad, puesto que el Código guarda silencio con respecto al fundamento la responsabilidad precontractual (Puig Brutau, 1986). La doctrina mayoritaria estima que comoquiera que el contrato no ha llegado a celebrarse, no le será aplicable el régimen de la responsabilidad contractual del art. 1.101 y siguientes del Código; por lo tanto la única vía que se podrá utilizar para solicitar el resarcimiento de los daños será la acción de responsabilidad extracontractual (art. 1.902 cc).

Un sector doctrinal ha propuesto la elaboración de un tercer género de responsabilidad civil entre la contractual y la aquiliana o extracontractual; se parte del hecho de que los tratos preliminares son el elemento objetivo de una relación precontractual o prenegocial de características propias, en cuyo contexto puede producirse una conducta dolosa o cuasi dolosa productora de un daño, de la que surja la correspondiente obligación de indemnizar. Este tipo de responsabilidad, denominada precontractual o «in contrahendo» tendría su fundamento en la idea de la buena fe, que en la fase de los tratos preliminares ha de ser de contenido idéntico al de la fase de ejecución, aplicándose analógicamente a los tratos preliminares el art. 1.258 del cc (Lacruz, 1999).

En el siglo xix, Ihering ya demostró la posibilidad de los daños derivados de la culpa *in contrahendo* basándose en antiguos textos romanos (Puig Brutau, 1986).

La sts 16 diciembre 1999 (rja 8978) se refiere a la figura de los tratos preliminares estableció que: «la figura jurídica de los denominados "tratos preliminares" (*Vorverhandlungen Trattative*), teoría construida por la doctrina germánica y razonablemente asimilada por la española; la cual se puede definir como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y *ad lateres* realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Y desde luego hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio –ideas, especulaciones, planteamientos– pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables».

Pues bien de dichos tratos sociales o «contratos sociales» –denominación germánica– puede y debe derivarse una cierta responsabilidad –responsabilidad precontractual o culpa *incontrahendo*–, y se plasma tal aserto en la Sentencia de esta Sala, de 16 de mayo de 1988 (rj 4308) cuando en ella se dice que la culpa *in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*.

3. EL PRECONTRATO

3.1. Concepto y caracteres

La doctrina con el término precontrato (o promesa de contrato) se refiere al acuerdo entre dos partes por el que una sola, o las dos recíprocamente, se comprometen celebrar un futuro contrato cuyos extremos principales han dejado previstos total o parcialmente (Lacruz, 1999).

El precontrato responde a la necesidad práctica de proporcionar una vinculación contractual para el futuro cuando las circunstancias permitan concluir el contrato que, en definitiva, se quiere otorgar (Puig Brutau, 1986). Esta figura presta a los contratantes un servicio y una utilidad que no podrían conseguir exactamente de otro modo. Estos por muy diversas razones pueden desear quedar en algún modo vinculados y, a la vez, que no se produzcan los efectos del contrato desde el momento en que estipulan sus condiciones esenciales, y sí desde otro posterior (Lacruz, 1999). El aplazamiento puede obedecer a diversos motivos: a la imposibilidad o dificultad material o jurídica de dichas partes de otorgar entonces el contrato, por falta de documentación adecuada o de permisos oficiales; o bien para evitar impuestos, o no realizar dos contratos notariales, o evitar una publicidad indeseable; o porque la ley prohíbe ahora unas operaciones que se supone puedan ser lícitas en el futuro: por ejemplo, se halla cerrada la exportación de una mercancía (crisis de las vacas locas y cierre de fronteras) pero se espera su reapertura; o tal objeto no es de lícito comercio, pero puede llegar a serlo (marihuana en Holanda).

3.2. Requisitos para la validez del precontrato

Todo precontrato ha de cumplir las líneas maestras del que será el futuro contrato, sobre el que las partes ya han prestado su consentimiento (Valpuesta, 1994). Por una parte, el precontrato tendrá que cumplir con los requisitos de todo contrato en general, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.261 cc (consentimiento, objeto y causa); además deberá contener los requisitos propios de la modalidad de contrato (compraventa, prenda, etc.) de que se trate, que serían exigibles cuando aquel tenga la condición de contrato definitivo. Todos los elementos esenciales del futuro contrato, si no determinados perfectamente, han de ser eventualmente determinables sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo entre las partes (Lacruz, 1999).

En cuanto a la capacidad de las partes para el precontrato se requerirá la capacidad propia del contrato definitivo, a fin de evitar que a través de aquel se puedan eludir la exigencia de capacidad especial o las prohibiciones de contratar que pudieran afectar a este. El objeto del contrato será el del contrato proyectado. La forma del precontrato es libre, no obstante si para el contrato proyectado se exige una determinada forma *ad solemnitatem* el precontrato habrá de observarla (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

3.3. Efectos del precontrato

El precontrato atribuye a las partes la facultad de exigir a la contraparte la puesta en práctica del contrato proyectado en cualquier momento, salvo que se haya fijado un plazo para su cumplimiento (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La etapa preparatoria del precontrato deja vinculadas a las partes de forma, que en el supuesto de que una de las partes se niegue a cumplir con el mismo, el juez podrá suplir el consentimiento del obligado. Esto es así porque la consumación del contrato no requiere nueva y especial manifestación de voluntad, por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato inicial (Lacruz, 1999).

La negativa otorgar el contrato puede suplirse en los términos establecidos por el art. 708 LEC (Martínez de Aguirre, 2000). El citado precepto establece que:

> Artículo 708. *Condena a la emisión de una declaración de voluntad.*
> 1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que se libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.
> Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.

3.4. Ámbito del precontrato

El precontrato o promesa de contrato se trata de una figura de carácter general; el Código, sin embargo, solo regula dos modalidades precontrato: la promesa de vender o comprar (art. 1.451 CC) y la promesa de constituir prenda o hipoteca (art. 1.862 CC).

El art. 1.451 CC establece que «La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato [...]».

El art. 1.862 CC establece que: «La promesa de constituir prenda o hipoteca solo produce acción personal entre los contratantes [...]».

También está presente esta figura en la Ley 60/2003 de Arbitraje, bajo el nombre de convenio arbitral.

El art. 9 LA establece que: «1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

La jurisprudencia ha admitido el precontrato como figura general y categoría jurídica autónoma (SS 9 julio 1940, 2 marzo 1965, 21 octubre 1974 y 30 diciembre 1980), declarando asimismo válidas figuras de concretos precontratos distintas de las legalmente admitidas, como el precontrato de arrendamiento (27 marzo 1958, 16 octubre 1965), de sociedad (5 marzo 1978 y 21 diciembre 1955) y de préstamo (4 mayo 1943).

La STS 5 octubre 2005, considera al:

> precontrato como una primera fase del *iter contractus*: la relación jurídica obligacional nace en aquel y posteriormente, de común acuerdo o por exigencia de una de las partes, se pone en vigor el contrato que había sido preparado. Así, se distinguen dos fases: la primera, el precontrato que es distinto del contrato y no produce los efectos de este, como pudiera ser la transmisión de la propiedad, sino solo el que las partes pueden exigirse el paso a la fase segunda, que es la celebración del contrato preparado y es este el que producirá los efectos que le son propios. Distinción entre el precontrato consistente en la promesa de venta y el contrato de compraventa.

En art. 60 del RDL 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLCU), se establece la «información previa al contrato»

que el empresario ha de proporcionar al consumidor antes de contratar. En el art. 61 se hace referencia a la «integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato».

En el art. 97 TRLCU se exige al empresario que preste una determinada información precontractual al consumidor y usuario, en sede de «contratos celebrados a distancia»; en parecidos términos también se exige determinada información precontractual en el caso de los viajes combinados (arts. 152 y ss. TRLCU).

3.5. Clases de precontrato

El precontrato se denomina *unilateral* cuando la obligación de contratar o la facultad de exigir cumplimiento del contrato proyectado, lo es solamente para uno de los intervinientes. Cuando la promesa vincula a ambas partes se denomina *bilateral* (Martínez de Aguirre, 2000), en este caso el compromiso es recíproco y cada parte tiene derecho a hacer cumplir a la contraria el contrato proyectado (Lacruz, 1999).

> La unilateral es una figura de uso más frecuente que la bilateral, aunque la estructura y efectos de una y otra son semejantes: una parte se obliga frente a otra –que acepta la promesa sin obligarse ella misma–, por cierto tiempo a cumplir el contrato.

3.6. El plazo para el cumplimiento del precontrato

Lo lógico es que en el precontrato se haya fijado un plazo para el otorgamiento del contrato definitivo, en caso contrario la acción derivada del precontrato prescribirá en el plazo de 15 años que el art. 1.964 CC establece para las acciones personales (Martínez de Aguirre, 2000).

4. LA PERFECCIÓN: LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

La perfección del contrato tiene lugar por la concurrencia del consentimiento de las partes. Así se establece en el art. 1.258 cuando dice que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento» y este se produce de arreglo con lo establecido en el art. 1.262: «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato».

La perfección del contrato, tal como se ha expuesto, es la que corresponde a un contrato consensual, puesto que los reales además del consentimiento necesitan la entrega de la cosa para perfeccionarse.

El momento de la perfección es el que señala el nacimiento de las obligaciones para las partes, en el sentido del art. 1.258 CC: «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan [...]». A partir de la perfección el contrato es irrevocable para las partes (art. 1.091 y 1.256), salvo lo expuesto en materia de «revocación o derecho de desistimiento» para determinados contratos de consumo (art. 68 y ss. TRLCU).

4.1. La oferta

La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona con la intención de obligarse dirigida a un cocontratante o al público en general. Esta manifestación de voluntad ha de contener todos los elementos del futuro contrato y la reglamentación que se pretende. La oferta, a diferencia de lo que sucede con los tratos preliminares, no necesita una nueva declaración de voluntad del emisor que la complete puesto que ella es suficiente para formar el contrato (Valpuesta, 1994).

Para que la aceptación de la oferta produzca la perfección del contrato esta debe estar vigente. Si la oferta ha decaído la aceptación tiene lugar en el vacío y el contrato no puede perfeccionarse. La oferta puede decaer por los siguientes motivos (Martínez de Aguirre, 2000): por el rechazo de la oferta por el destinatario; por la aceptación con modificaciones (contraoferta) que necesita de la recíproca aceptación por el inicial oferente, por el transcurso del plazo fijado para la aceptación; la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente y la imposibilidad sobrevenida de establecer el vínculo contractual a que se refiere la oferta. El principal supuesto de decaimiento de la oferta lo constituye su revocación por el oferente antes de la aceptación por la contraparte, en ese supuesto el oferente tampoco queda vinculado por la misma (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

4.2. La aceptación de la oferta

Por medio de la aceptación el destinatario de la oferta realiza una declaración de conformidad con la misma, su voluntad de celebrar el contrato, esta declaración para ser eficaz ha de coincidir con el contenido de la oferta. La aceptación ha de ser total a la oferta previa, en el supuesto de que el aceptante modificase la oferta nos encontraríamos ante una contraoferta (Valpuesta, 1994). En el caso de emitirse una contraoferta el contrato no quedaría perfeccionado hasta su aceptación por el primer oferente, salvo que la rechazase puesto que este es libre para aceptarla o no.

4.3. El momento de la perfección del contrato

La perfección del contrato puede ser:

a) *Simultánea*, cuando el contrato se forma con la presencia de las partes contratantes o de sus representantes que en un mismo acto intercambian sus respectivos consentimientos, o bien porque puedan comunicarse simultáneamente a través de cualquier moderno medio de comunicación.

   En el art. 92.2 del trlcu, se establece un elenco de técnicas de comunicación a distancia: «los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas normalizadas; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio; el teléfono con imagen; el videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax y la televisión».

b) *Sucesiva,* cuando la aceptación no llega de forma inmediata al oferente, bien porque las partes se encuentren en lugares diferentes o porque la oferta y aceptación no puedan intercambiarse en un mismo acto como consecuencia del medio de comunicación utilizado (Valpuesta, 1994).

Ej. Oferta por carta por correo ordinario o telegrama. En este caso el proceso de formación se va dilatar en el tiempo y se va a producir el problema de determinar el que preciso momento entre la emisión de la oferta y la aceptación se va a producir la perfección.

El momento de la perfección del contrato celebrado entre ausentes es un tema discutido, hasta el punto de que se han formulado dos teorías diferentes:

a) la teoría de la emisión o declaración, para la que el vínculo se perfecciona en el mismo momento en que la contraparte emite su declaración de la aceptación.

Ej. Antonio escribe una carta a Pedro el 1 de junio, aceptando comprarle una casa que el otro previamente le había ofrecido. En esa fecha queda perfeccionado el contrato.

b) En el caso de la teoría de la cognición o del conocimiento se exige además que la noticia de la aceptación haya llegado al oferente.

Ej. Pedro recibe la carta escrita el 1 de junio cuatro días después, de modo que el 5 de junio sería la fecha en que se perfeccionaría el contrato.

Una teoría intermedia es la de la expedición, para la que el contrato se ha perfeccionado en el momento en que es remitida al oferente, saliendo así del círculo de sus actividades (Valpuesta, 1994).

El Código Civil se inclina por la teoría de la cognición, según se deduce del contenido del art. 1.262[1] cc que dice que «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

En el mismo sentido el art. 623 cc, al referirse a la donación, establece que esta se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario (Castán, 1992).

La doctrina, sin embargo, coincide en el excesivo rigor del Código Civil, por lo que lo suaviza al entender que la perfección se produce en el momento en que el oferente puede tener conocimiento de la aceptación, lo que viene a coincidir con la teoría de la recepción (Martínez de Aguirre, 2000).

El Código de comercio sigue la teoría de la emisión (Castán, 1992). Según el art. 54 CCom: «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuera modificada».

4.4. El lugar de la perfección del contrato

El lugar de la perfección del contrato en un principio queda al arbitrio de los contratantes (Valpuesta, 1994). A falta de acuerdo habrá que aplicar lo dispuesto por el Código al referirse al supuesto de la celebración del contrato por carta establece que «se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». Esta regla –dice Castán– que deberá *aplicarse por analogía* a todos los demás casos de contratos entre ausentes celebrados por cualquier otro medio de comunicación.

1. Este artículo ha sido modificado por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

El lugar donde se perfecciona el contrato tiene su importancia a los efectos de determinar la competencia territorial del juez que haya de entender del asunto, en su caso.

La LEC regula la competencia territorial en los arts. 50 a 60. La regla general la constituye el art. 50.1 «*Fuero general de las personas físicas.* 1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será juez competente el de su residencia en dicho territorio».

5. LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO

La consumación es el momento final del contrato si es de trato único o el comienzo del final, si es de trato sucesivo; es decir, con la consumación se cierra el ciclo negocial y surge la nueva situación jurídica creada por el contrato (Albaladejo, 2002). A partir de la consumación del contrato es cuando se pueden ejercitar las acciones de nulidad. Dispone el art. 1.301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato.

La STS 11 junio 2003 (RJA 5347) establece que:

> Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 (RJA 2669) cuando dice, «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquel ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que: «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó».

La STS de 6 febrero 1990 (RJA 664) establece que «... debiendo distinguirse el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o ficta de la cosa, que determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re*, mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que, cuando la compraventa no va seguida de la tradición, no puede considerarse como propietario al comprador en tanto esa tradición no se produzca».

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Precontrato

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. F.: «El deber de información precontractual», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozo,* (coords. C. VATTIER FUENZALIDA, J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, J. M. A. CABALLERO LOZANO), Vol. 1, Madrid, Dykinson, 2003, págs. 159-174.

2. Perfección del contrato

ARROYO I AMAYUELAS, E.: «Formación y perfección del contrato», en *Derecho privado europeo* (coord. S. CÁMARA LAPUENTE), Madrid, Colex, 2003, págs. 335-370.

3. Contratación electrónica

ILLESCAS ORTIZ, R.: «Oferta, perfección y prueba del contrato electrónico», *Estudios de derecho judicial*, nº 50, 2004, págs. 215-242 (Ejemplar dedicado a: Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar), (dir. Juan Ignacio Ruiz Peris).

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A.: «La perfección del contrato electrónico», CDJ, nº 5, 2006, págs. 169-192. (Ejemplar dedicado a: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico.)

ORDUÑA MORENO, F. J.: *Contratación y comercio electrónico,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Tema 12
La interpretación y eficacia del contrato

1. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

1.1. Concepto

En la fase de ejecución de un contrato pueden surgir diferencias entre las partes sobre su contenido y sobre el alcance de sus respectivos derechos y obligaciones (Parra Lucán, 2000). Para dirimir estas controversias hay que acudir a la interpretación; esta ha sido definida como: «la actividad dirigida a la determinación del sentido de una declaración negocial y de sus efectos y consecuencias en el orden jurídico, que ha de hacerse en conformidad con unas reglas jurídicas predispuestas» (Díez-Picazo y Gullón, 2001). También, puede definirse la interpretación como la actividad para averiguar el sentido y alcance del programa de la reglamentación contractual (o conjunto de declaraciones).

1.2. Fases de la interpretación

Lacruz (1999) distingue varias etapas en la interpretación de cualquier contrato:

A) Fase previa, consistente en determinar con exactitud los hechos, es decir, el material objeto de la interpretación. La fijación de los hechos consiste en determinar que palabras se dijeron, que se escribió, que expresiones se utilizaron o que conductas tuvieron las partes.

Difícilmente se podrá afirmar que entre las partes existe un contrato de compraventa o una donación si previamente no se fijan y determinan las palabras o documentos que han sido utilizados por las partes para contratar.

B) Fase principal, la interpretación de la voluntad de las partes. Después de que se hayan fijado en la primera fase los hechos, habrá que interpretarlos para averiguar cuál fue la intención de las partes al obligarse.

C) Después tiene lugar la calificación del contrato que sirve para establecer la *naturaleza* del contrato, a que categoría de tipo contractual pertenece lo querido por las partes. Habrá que identificarlo con una de las categorías reguladas por el ordenamiento jurídico (contratos típicos), o habrá que identificarlo con un contrato atípico (Parra Lucán, 2000), para así determinar que normas han de aplicársele y de forma mediata que efectos se derivan de la voluntad de las partes.

Ej. Si lo querido por las partes puede ser calificado de compraventa o por el contrario se trata de una donación y en consecuencia se aplicará el régimen del contrato de compraventa o el de las donaciones.

D) Fase ulterior, si procede, de integración o colmatación de las lagunas del contrato en aquellos extremos cuestionables para cuya solución no basta la interpretación, puesto que no fueron contemplados por los contratantes (art. 1.258 cc).

La suma de las fases descritas constituye en sentido amplio la interpretación del contrato. Sin embargo, en sentido estricto, se habla de interpretación para referirla a la averiguación de la intención de las partes, mientras que las operaciones de las otras fases se denominan «conceptos afines» a la interpretación (Parra Lucán, 2000). El Código regula la interpretación de los contratos, en este sentido estricto, en los arts. 1.281 a 1.289 (Libro IV, Título II, Capítulo IV).

2. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN EN EL CÓDIGO

La búsqueda del «sentido» que ha de otorgarse a las declaraciones de voluntad, de la enfrenta a dos corrientes doctrinales. Una de ellas estima que el intérprete ha de indagar cual es la voluntad común de los contratantes o, en otras palabras, su intención (interpretación subjetiva). La otra, por el contrario, cree que el intérprete ha de averiguar el significado normal y usual de las declaraciones de voluntad (interpretación objetiva) (Castán, 1992).

El Código Civil, nos dicen Díez-Picazo y Gullón (2001), se inclina por la dirección subjetiva, si bien no de una forma exclusiva, puesto que si bien los artículos 1.281-1.283 siguen la vía de *interpretación subjetiva*, por el contrario los artículos 1.284-1.289 se inclinan por una *interpretación objetiva.* Sin embargo, en la medida en que jurisprudencialmente cada vez se atiende más al criterio de la buena fe parece ser que el criterio objetivo se vaya imponiendo.

En realidad ambos tipos de interpretación se complementan, de forma que la interpretación subjetiva es el primer estadio de la interpretación y que la objetiva debe aplicarse, tal como manifiesta De Castro para suplir las lagunas de la declaración, corregirla para darle eficacia y hasta imponer un significado distinto del que parece querido cuando lo exige el principio de la responsabilidad negocial (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Las reglas del cc sobre hermenéutica o interpretación contractual se hallan formuladas pensando en un contrato escrito, cuyas palabras van a ser objeto de interpretación, a fin de encontrar lo que los arts. 1.281 y siguientes llaman la «intención de los contratantes» (Lacruz, 1999).

El Código Civil se ocupa de la interpretación de los contratos en los arts.1.281 a 1.289, las reglas de interpretación que aparecen en los mismos pueden dividirse en tres apartados (Puig Brutau, 1986): reglas dedicadas a averiguar la intención a través de las palabras; normas para la interpretación de las cláusulas y reglas para cuando la interpretación no alcanza su objetivo.

2.1. Reglas dedicadas a averiguar la intención a través de las palabras

2.1.1. Los términos claros y de sentido indudable

El art. 1.281-1º establece que: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas».

La doctrina es unánime al afirmar que esta regla, a pesar de su dicción, no excluye la interpretación, sino que la presupone –puesto que para afirmar que una cláusula es clara, es necesario realizar una valoración previa de las palabras y de la congruencia que guardan con la voluntad. La máxima jurídica *in claris non fit in terpretatio* (lo que está claro no necesita interpretación) presupone haber comprobado que el sentido literal es claro y que la intención de las partes se encuentra reflejada en esa literalidad (Puig Brutau, 1986).

2.1.2. Los términos contrarios a la intención común

Establece el Código en el art. 1.281-2º que: «Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas».

Según Díez-Picazo y Gullón (2001) en ocasiones puede haber claridad gramatical pero discordancia con la intención evidente de los contratantes. Ej. En un documento las partes por equivocación manifiestan que arriendan una casa cuando luego la realidad demuestra que hay una compraventa (querida por ambas partes), porque hay entrega de un precio que se corresponde con el de una venta y no con el de un alquiler.

La intención que ha de averiguar el intérprete es la común a los contratantes, lo que supone que la interpretación de la voluntad de los contratantes no puede hacerse por separado (López y López, 1994).

Los medios para interpretar la voluntad común se encuentra en los arts. 1282 y 1.283 cc (Parra Lucán, 2000). El art. 1.282 establece que: «Para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse, principalmente, a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato». No obstante, la doctrina estima que también han de tenerse en cuenta los actos previos.

2.1.3. Las palabras que provocan dudas

Las dudas pueden resultar por el hecho de haberse usado en el contrato términos generales o palabras que tienen distintas acepciones. El Código contempla esos supuestos en los arts. 1.283 y 1.286 (Puig Brutau, 1986).

1º Términos generales. «Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar» (art. 1.283).

2º Palabras con distintas acepciones. «Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato» (art. 1.286).

2.2. Reglas para la interpretación de las cláusulas

El Código dedica varias reglas para solucionar los problemas que puedan ocasionar las cláusulas bien por tener varios sentidos, por ser ambiguas o presentar oscuridades:

A. Cláusulas con diversos sentidos. Establece el art. 1.284 que: «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».

B. Cláusulas dudosas. El art. 1.285 establece que: «Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».

Según Puig Brutau (1986), es contrario a toda lógica admitir que las contradicciones que pudieran aparecer en los términos del contrato han sido realmente queridas por los contratantes.

C. Cláusulas ambiguas. El art. 1.287 establece que: «El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos»

Según Díez-Picazo y Gullón (2001) el recurso a la costumbre o al uso en la interpretación del contrato solo tendrá lugar con carácter subsidiario, cuando no se pudiese averiguar la intención de las partes por otras vías.

D. Cláusulas oscuras. El art. 1.288 establece que: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad» (art. 1.288).

Para que se produzca este supuesto la doctrina exigen dos requisitos: uno, que la oscuridad del contrato sea manifiesta, y que sea imputable a una sola parte; esto último suele ocurrir con frecuencia en los contratos de adhesión, como los de seguros y en los concertados a través de las llamadas condiciones generales.

A este tipo de interpretación, en contra del causante de la oscuridad, doctrina y jurisprudencia la denominan interpretación *contra proferentem o contra stipulatorem.*

La STS 24 junio 2004 (RJ 2002\5263) establece que «la regla de interpretación *contra proferentem*», acogida en el art. 1.288 CC, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no solo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuya contenido se cuestiona.

La STS 8 marzo 2000 (RJA 2000, 1510) dice que: «dicha interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio al redactor o instigador de la cláusula oscura, que en este caso será la compañía de seguros recurrente, reconociéndose así una interpretación *contra proferentem vel contra stipulatorem*, como sanción por su falta de claridad al expresarse, y también como protección de la contraparte».

El artículo 80.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLCU) ha recogido la misma regla: «Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor».

2.3. Normas para cuando la interpretación no alcanza su objetivo

El Código dedica el art. 1.289 para resolver esta cuestión:

> Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses.
> Si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

La doctrina establece que para que sea aplicable este precepto, se exigen dos condiciones, que existan dudas y que estas no puedan resolverse por las reglas precedentes.

3. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

La calificación del contrato consiste en determinar en que concreta clase de contrato encajan las declaraciones de voluntad de las partes, se trata en esencia de determinar la naturaleza jurídica del contrato. El contrato podrá coincidir con un tipo contractual típico de los que están regulados por el CC u otra Ley especial, o por el contrario podrán ser atípicos cuando no se produzca esta correspondencia, y se trata de contratos creados al albor del principio de autonomía de la voluntad (Parra Lucán, 2000).

La STS 26 mayo 2005 (RJA 6084) establece que: «la calificación del contrato es la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, la cual está por encima de las declaraciones y de la voluntad de los sujetos; el contenido real del contrato es el determinante de su calificación».

La jurisprudencia ha establecido que la denominación que las partes otorguen a un contrato no vincula a los tribunales; puesto que será el contenido real del contrato el que determine su calificación y no la que estos le atribuyan.

La STS 11 de diciembre de 2002 (RJA 10737), dice que «los contratos son lo que son y no lo que las partes digan».

4. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

4.1. Concepto

El contrato, de modo similar a como sucede con la Ley, también presenta lagunas, que denominaremos lagunas contractuales. A la operación de colmatar estos vacíos se le denomina integración (Parra Lucán, 2000). Mediante la integración se logra la construcción de la reglamentación contractual introduciendo reglas objetivas que no tienen su origen en la voluntad de las partes (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La integración consiste añadir a los pactos expresamente fijados por las partes, otros que si bien no fueron contemplados por aquellas, son necesarios para el desenvolvimiento de la relación contractual puesto que se supone que los contratantes se han referido tácitamente a los principios admitidos por la buena fe, al uso y a la ley (Lacruz, 1999). Lo que supone que el contenido del contrato está conformado, no solo por las manifestaciones que expresamente se incluyen en el contrato, sino también por aquellas otras que se presuponen pero no se expresan. Son aquellas consecuencias que pueden considerarse virtualmente comprendidas en el contrato (Mosset Iturraspe, 1992).

La determinación del contenido del contrato es la finalidad principal del art. 1.258 cuando establece que: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

La integración se diferencia de la calificación y de la interpretación en que se dirige a determinar los efectos o consecuencias del negocio; la calificación tiende a fijar la naturaleza del mismo; y la interpretación tiene como meta desvelar la voluntad de las partes o *lex privata*. No obstante, hay que resaltar que la integración se apoya en la calificación y esta en la interpretación, habiendo un encadenamiento lógico y sucesivo.

4.2. Las fuentes de la integración

El contrato se integra de acuerdo con el art. 1.258 CC teniendo en cuenta «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

a) La buena fe tenida en cuenta para la integración ex art. 1.258 CC es la buena fe en sentido objetivo, como modelo de conducta social.

b) El uso al que se refiere el precepto es entendido como aquella práctica habitual en los contratos de un determinado tipo; el uso integra el contrato de un modo definitivo y con independencia de la voluntad de los otorgantes del contrato (Díez-Picazo).

c) La ley a la que hace referencia el precepto es la ley imperativa, en el sentido de que lo dispuesto por las normas imperativas para cada tipo de contrato se aplicarán en todo caso, con independencia de que las partes lo hayan incluido o no en el contrato (Parra Lucán, 2000).

LECTURAS RECOMENDADAS

Clavería Gosálbez, L. H.: «Interpretación, calificación e integración del contrato» en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, (coord. A. Cabanillas Sánchez), Vol. 2, *Derecho civil, Derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 1647-1659.

Serrano Fernández, M.: *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Tema 13
La eficacia del contrato

1. LA EFICACIA DEL CONTRATO

El contrato es eficaz, es decir, genera obligaciones y derechos entre los contratantes, desde el momento de su perfección. Según Castán (1992), los efectos del contrato pueden clasificarse en: *comunes o generales*, que son los que se producen en toda clase de contratos y los *especiales o particulares* que son privativos de cada modalidad de contrato.

Los efectos generales se reducen a la producción del vínculo obligatorio del contrato, la denominada *lex privata* del contrato, que establece una reglamentación de la conducta de las partes, integrada por un conjunto de derechos, obligaciones y facultades, junto con el deber de su cumplimiento (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La fuerza sancionadora del contrato se manifiesta bajo tres principios (Castán, 1992): *a*) él de la obligatoriedad del contrato, *b*) el de la irrevocabilidad y *c*) el principio de la relatividad contractual.

2. LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO

Este principio supone que los contratantes están obligados a cumplir el contenido del contrato. El Código sanciona la obligatoriedad del contrato a través de los siguientes artículos:

a) El art. 1.091 CC que establece que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Esto quiere decir que aun cuando el contrato instaura entre las partes contratantes un precepto de autonomía privada, la *lex privata* o ley particular de los contratantes; las obligaciones nacidas del contrato vincularán a su cumplimiento como si se tratase de la ley misma. No obstante, el contrato a diferencia de la ley, carece de la nota de la *generalidad*, si bien entre las partes tiene su misma autoridad: las partes deben someterse a la ley del contrato igual que a la regla legal, y el juez de igual modo debe imponer su respeto (Lacruz, 1999).

b) El art. 1.254 CC establece que: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». Según Díez-Picazo, este precepto concuerda con el art. 1.089 CC que considera el contrato como una fuente de las obligaciones.

c) El art. 1.258 CC, mediante la técnica de la integración extiende la fuerza obligatoria del contrato más allá de lo expresamente pactado: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

d) El art. 1.278 CC en el que se establece la obligatoriedad de los contratos con independencia de su forma: «Los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

3. LA IRREVOCABILIDAD DEL CONTRATO

El hecho que el contrato sea irrevocable, es un principio contenido en la máxima *pacta sunt servanda*, (los pactos deben cumplirse) y significa que puesto que el contrato es obligatorio, solo la común voluntad de las partes contratantes (mutuo disenso), podrá modificar o revocar el contrato y siempre y cuando no perjudiquen a tercero (Castán, 1992).

Pertenece a la esencia del concepto de contrato que este no quede expuesto a la libre revocación de una parte, quedando esta, pues, libre de cumplir o no. En general, el contrato presupone la coincidencia de voluntades vinculadas en el momento de pactar, y es por esto por lo que el art. 1.256 establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

La sts 22 septiembre 1999 (rja 7265) matiza el alcance del art. 1.256 cc al establecer que: «El artículo 1.256 se infringe efectivamente si margina la fuerza vinculante de los contratos, al dejar su eficacia y cumplimiento al arbitrio de una de las partes, pero el precepto *no impide que se pueda pactar el desistimiento de la relación convenida* y ello precisamente no significa ni representa entregar su validez y cumplimiento a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida».

La sts 28 mayo 1998 (rja 4070), en un caso de administrador único de una sociedad, que aprovechándose de su condición no reparte beneficios sociales a unos usufructuarios de unas acciones: «Y si se aceptare la tesis que propugnan los recurrentes [el administrador] , se vendría a dejar a la voluntad de estos, el cumplimiento de una obligación solemnemente contraída, ya que basta adoptar el acuerdo social de no repartir dividendos, para burlar a su generosa madre, lo cual chocaría con el precepto contenido en el artículo 1.256 del Código Civil, que prohíbe que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio del obligado»

La sts de 26 enero 1987 estableció la inexistencia de un contrato de arrendamiento puesto que la determinación de la renta se dejó al arbitrio de una de las partes; con lo que al no haberse podido determinar renta alguna ni haber sentado medios para su determinación, se estimó que había arrendamiento por falta de determinación del requisito esencial del precio.

En cuanto a los efectos irrevocables del contrato, dice Lacruz (1999), ni tan siquiera el mutuo disenso puede borrar retroactivamente los efectos ya producidos por él. Así pues si las partes quieren deshacer una venta ya consumada, habrán de realizar una nueva transferencia en sentido contrario.

El principio de la irrevocabilidad de los contratos no es absoluto y presenta excepciones: *a*) la voluntad de los contratantes a través del mutuo disenso y *b*) las excepciones legales, que encontramos en el cc y sobre todo en la legislación de consumo.

En el ámbito del cc podemos encontrar los siguientes supuestos en el que los cuales la voluntad de una sola de las partes podrá modificar los efectos de un contrato (Lacruz, 1999):

- *a*) Los contratos de depósito, el de mandato (art. 1.732 cc) y el de sociedad (art. 1.700, 1.705 y 1.707), obra (art. 1.594 cc).
- *b*) Los contratos con duración indeterminada pueden ser objeto de rescisión unilateral, como el arrendamiento de servicios o el contrato de trabajo.
- *c*) Las donaciones pueden ser revocadas en ciertos supuestos (art. 644 y ss.).

d) La facultad de pedir la resolución se halla implícita en las obligaciones bilaterales, cuando la otra parte no cumple con lo que le incumbe (art. 1.124 CC) y art. 7 de la Ley 23/2003 (LGVBC).
e) La rescisión por lesión en aquellos supuestos admitidos por el CC (arts. 1.291 y 1.293).

En el ámbito del Derecho de consumo son varias las leyes que establecen la posibilidad de desistir del contrato transcurrido un breve tiempo entre 7 a 10 días.

Este es el caso del art. 44 (LOCM), de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (7 días); el art. 9 (LVP) Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (7 días); el art. 10 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias (10 días) y el art. 4 del RD 1906/1999 sobre la Contratación Telefónica o Electrónica con Condiciones Generales (7 días). El nuevo TRLCU regula el derecho de desistimiento en los arts. 68 a 79.

4. RELATIVIDAD DEL CONTRATO

4.1. Concepto de relatividad o eficacia personal del contrato

El CC reconoce el principio de la relatividad contractual en el art. 1.257-1º CC al establecer que: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley».

El principio de la relatividad contractual establece que la eficacia del contrato, se despliega, en principio, entre las partes contratantes y sus herederos (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Decir que el efecto del contrato es relativo, significa que el contrato no puede hacer nacer una obligación a cargo o en provecho de persona extraña a su conclusión (Lacruz, 1999).

Este principio, que coincide con el tradicional aforismo *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*, ha sido uno de los pilares tradicionales de la dogmática de la teoría general del contrato.

El concepto de relatividad, según Castán (1992), puede expresarse en un doble sentido:

a) Como fuente de obligaciones y derechos significa que quienes se obligan en virtud del contrato y quienes adquieren derechos como consecuencia de él son única y exclusivamente las partes contratantes y sus sucesores, que asumen su posición jurídica, quedando excluidos de la posición de deudor y acreedor quienes no han concurrido en la formación de la voluntad contractual.

b) Como una característica de los derechos de crédito, tengan o no su origen en un contrato, en oposición con el carácter absoluto o eficacia *erga omnes* de los derechos reales.

4.2. Fundamento de la eficacia relativa de los contratos

La doctrina establece los siguientes fundamentos a la falta de eficacia de los contratos respecto de terceros o de la limitación del círculo de eficacia de los contratos a las partes que lo han realizado:

A) Díez-Picazo, encuentra su fundamento en el hecho de que el contrato es un acto de ejercicio del poder de la autonomía privada en orden a la reglamentación de sus propios intereses (autoeficacia), de suerte que desplegar eficacia respecto de terceros ajenos constituiría lo contrario, una reglamentación de intereses ajenos (heteroeficacia). Este es así porque la regla de la relatividad es una derivación del mismo concepto de contrato, y en su virtud únicamente los contratantes se obligan en virtud del contrato y quienes adquieren derechos como consecuencia de él.

B) Para Lacruz (1999), el efecto vinculante se produce por voluntad de las partes, puesto que esto distingue al contrato del mero acto jurídico, si bien la fuerza obligatoria se impone por dos razones: 1) una moral, el respeto a la palabra dada, la buena fe y, en su caso, la equidad que exige corresponder a la prestación de la otra parte y, 2) otra de orden económico, es indispensable un clima de seguridad en el cumplimiento de las transacciones y promesas para la existencia del crédito.

El art. 1.257, dice Lacruz (1999), es un complemento del art. 1.091: «la obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos», puesto que traza sus fronteras al eliminar el efecto vinculante frente a terceros y al modalizar el producido entre las partes.

La STS 6 febrero 1981 establece que:

> El rango de ley que el art. 1.091 atribuye al contrato se constriñe exclusivamente a las partes contratantes, o en su defecto, a sus herederos, de tal suerte que no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento, y por ello los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato solo han de afectar a los litigantes conforme a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos.

La 19 junio 2006 (RJA 3379) justifica el principio de relatividad contractual diciendo que: ««si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio tan solo a la esfera jurídica de sus autores, porque solo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe».

4.3. Alcance de la eficacia del contrato

Los efectos del contrato vinculan a las partes contratantes y, en su caso, a sus herederos (sucesores a título universal), y a algunos sucesores a título particular (causahabientes), por lo que el contrato no afectará a los terceros que no fueron parte en el contrato (Valpuesta, 1994); quienes no intervienen en el contrato no son acreedores ni deudores en virtud de tal mismo, ni reciben la propiedad o los derechos reales, etc. (Lacruz, 1999).

Si la eficacia directa del contrato solamente puede afectar a las partes y quienes ocupan su posición (herederos y causahabientes), es evidente que solamente podremos hablar de vulneración al principio *res inter alios* cuando el sujeto a quien afecte el contrato ostente la condición de tercero; de ahí que habrá que establecer las diferencias entre parte, heredero y tercero.

4.3.1. El concepto de «parte»

Son «parte», según Lacruz (1999) quienes otorgan el contrato, aunque sea mediante representante.

4.3.2. El concepto de heredero

Los herederos o sucesores a título universal llegan a ser parte cuando heredan y asumen el conjunto de relaciones del causante como un todo: los contratos concluidos por este devienen contratos suyos. En este sentido el art. 661 CC establece que: «Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

El efecto *responsabilidad inter alios* respecto a los herederos no debe entenderse, como de carácter simultáneo, puesto que de momento el contrato una vez perfeccionado solo producirá efectos entre los contratantes y solamente producirá efectos con respecto a los herederos cuando se subroguen en la posición del causante en virtud de la *successio* (Puig Brutau, 1986).

Además la referencia a los herederos en el art. 1.257 se ciñe únicamente aquellos derechos y obligaciones que sean transmisibles por herencia, no alcanzándoles aquellos que por su naturaleza, por pacto o disposición de la ley no lo sean. En este último caso los herederos seguirán siendo parte, si bien de un contrato extinguido, por lo que estarán obligados a soportar las consecuencias de la extinción (Lacruz, 1999).

> Un ejemplo de contrato cuyas consecuencias no serían transmisibles a los herederos sería el caso del mandato puesto que este contrato se funda en la confianza que el mandante tenga en el mandatario.

Para un sector de la doctrina, son igualmente parte quienes adquieren a título particular, mediante contrato, la posición del anterior contratante (causahabientes a título singular). Esto es así puesto que los derechos adquiridos en virtud un contrato pueden ser transmitidos a otra persona mediante un nuevo contrato que esta celebre con una de las partes del contrato anterior (cesión de contrato). La regla general es que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles (art. 1.112 CC); de manera que quien adquiera los derechos, podrán ejercitarlos en la misma medida que su transmitente.

Ej. La doctrina y la jurisprudencia han visto en el supuesto del art. 1.591 del CC un supuesto de sucesión a título particular, en virtud de la cual el segundo adquirente de una vivienda puede ejercitar una acción directa por daños contra el contratista con el que no llegó a contratar (este solamente contrató con el primer adquirente). El art. 17 LOE ha elevado a rango legal este derecho que la jurisprudencia reconoció a los subadquirentes de vivienda.

4.3.3. El concepto de terceros

Son «terceros» según Lacruz (1999) todos los que no son parte contratante: desde luego, los enteramente extraños al contrato (*penitus estranei*) y a los contratantes, pero también cuantas personas están presentes en el acto sin ser verdaderamente *partes*, es decir, sin asumir personalmente compromisos y sin estipular allí derechos en su favor: el autorizante, los testigos, los que concurren exclusivamente representando a una de las partes, los que asisten para dar una licencia o asentir en negocios que no son propios suyos.

A) La eficacia refleja o indirecta del contrato

Si bien el contrato no crea derechos u obligaciones con respecto a terceros sin su consentimiento, en virtud del art. 1.257, sí que puede producir una eficacia indirecta o refleja para los terceros, puesto que los contratos no se presentan como compartimentos estancos, aislados del resto de la realidad jurídica (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La eficacia refleja del contrato tiene lugar, por ejemplo, en el caso de diversas relaciones jurídicas subordinadas, de modo que un contrato celebrado por las partes de una de aquellas relaciones jurídicas que produce una eficacia directa entre las partes, puede desplegar una *eficacia refleja* con la relación subordinada (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Ej. Un acuerdo entre acreedor y deudor puede extinguir la garantía establecida por un tercero.

La sts 25 febrero 2004 (rja 840) se refiere a este tipo de eficacia, llamándola «sombra del contrato», en los siguientes términos:

> el mencionado artículo 1257 del Código Civil proclama el principio de la relatividad contractual, lo que significa, en principio, que el contrato como fuente de obligaciones limita sus efectos a las partes contratantes.
> Sin embargo, llevada a sus límites extremos tal consideración se haría una estimación aislada del contrato, lo que supondría olvidar que la determinación de los efectos contractuales se producen en una realidad social impregnada de múltiples relaciones jurídicas, y es entonces cuando surge lo que la doctrina científica moderna denominada la «sombra del contrato.

Y en el presente caso, del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que aunque Carla –parte ahora recurrente– no aparece como arrendataria en el contrato firmado por su esposo José Daniel –parte ahora recurrida–, sí ha tenido una intervención importante en el desarrollo del mismo, por eso no puede extrañar que esté obligada a rendir las cuentas derivadas de dicho contrato con la otra parte arrendadora, como efecto lógico contractual Después de todo ello, es procedente afirmar que la referida persona era parte arrendataria aunque no figurara como tal en el contrato suscrito, y que por ende está obligada a la rendición de cuentas, sin que por ello sea menoscabado el principio de la relatividad contractual en el sentido que ha sido antedicho al principio.

B) La oponibilidad del contrato

El que los contratos no vinculen a terceros, no significa que no les sean oponibles. La oponibilidad significa que los terceros deben respetar la relación obligatoria surgida como consecuencia del contrato. El deber de respeto a la relación creada supone que en caso de lesión a la misma habrá lugar a una responsabilidad extracontractual por el daño causado (Valpuesta, 1994). A la oponibilidad del contrato también se la conoce con el nombre de la tutela aquiliana del crédito.

En el cc podemos encontrar varios supuestos de oponibilidad frente a terceros en los artículos 1.218, 1.219, 1.227, 1.230, 1.322 y 1.865 cc. Estos preceptos señalan las condiciones formales de oponibilidad pensando principalmente en los acreedores de un contratante que haya podido despojarse de bienes o empeorar la condición de su patrimonio mediante el contrato: interesa saber cuando las modificaciones patrimoniales producidas por ese contrato, que no vincula a los terceros acreedores del contratante pero perjudica sus esperanzas de cobrar, pueden serles opuestas (Lacruz, 1999).

4.4. Excepciones al principio de la relatividad

El principio de relatividad contractual presenta excepciones, de manera que la Ley en algunos supuestos prevé expresamente que el contrato produzca efectos directos respecto a algunos terceros (Valpuesta, 1994). Estas excepciones previstas por el ordenamiento jurídico son: el contrato en favor de tercero (art. 1.257-2 cc); el contrato por persona que se designará, el contrato en daño a tercero, la promesa de hecho ajeno y todos los supuestos de acciones directas y de subcontratación.

5. EL CONTRATO EN FAVOR DE TERCERO

5.1. Concepto

El artículo, 1.257-2º del Código Civil establece que: «Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de tercero, este podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada».

El contrato o estipulación a favor de tercero es aquel vínculo que se da cuando se estipula que una de las partes contratantes realizará una prestación en provecho de un tercero, extraño a la conclusión del contrato y que no está representado en él, pero que en virtud de esta estipulación queda incorporado al contrato como acreedor de esa prestación (Castán, 1992).

> Ej. El padre que vende una propiedad suya y establece que el comprador deberá pagar el precio a un hijo suyo, que no ha intervenido para nada en dicho contrato de compraventa.

Según Díez-Picazo y Gullón (2001), a pesar de que el Código Civil se refiere a un contrato que contiene una estipulación a favor de un tercero, también cabe la posibilidad de que todo el contrato esté realizado a favor de un tercero.

Al contrato a favor de tercero se refiere con carácter general el cc en el art. 1.257-2º. También hay referencia a determinados tipos contractuales en otra serie de preceptos: el contrato de renta vitalicia (art. 1.803, párrafo segundo); reversión de donaciones (art. 641); donación sub modo (art. 619); donación con la carga de tener que pagar las deudas del donante (art. 642); venta de finca con el pacto de tener que respetar el derecho del arrendatario (art. 1.571); y depósito constituido con la imposición al depositario de la obligación de tener que devolver la cosa a un tercero (art. 1.766-1º).

En el campo del contrato de seguro es habitual utilizar esta figura, sobre todo en el campo del seguro de vida, donde una persona (el tomador) contrata un seguro cuyo beneficiario es su cónyuge o sus hijos.

5.2. Requisitos

En el contrato en favor de tercero nos encontramos con tres elementos personales: el *estipulante*, que es quien establece la prestación a favor del tercero, el *promitente*, que es quien debe cumplir con la prestación pactada y el *beneficiario* de la prestación pactada.

El contrato produce efectos desde que lo concluyen el estipulante y el promitente, sin que sea necesaria la concurrencia del consentimiento del tercero beneficiario, puesto que de ser así sería

parte contratante. El consentimiento del beneficiario, según Díez-Picazo y Gullón (2001), actúa únicamente como un límite a la facultad de revocación que tiene el estipulante, de modo que una vez el tercero ha aceptado ya no cabe la posibilidad de revocar la estipulación en favor de tercero.

5.3. Efectos

La perfección de la estipulación a favor de tercero crea tres relaciones jurídicas:

a) *Relación entre estipulante y promitente*. Esta es la denominada «relación de cobertura», es la relación jurídica creada en virtud del contrato (compraventa, seguro, arrendamiento, etc.). Hasta la aceptación por el tercero las partes pueden modificar el contenido de esta relación o incluso revocarla (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

b) *Relación entre estipulante y tercero beneficiario.* Esta es «relación de valuta», se trata de la situación subyacente que actúa como causa de la atribución patrimonial en favor del tercero. El estipulante puede estar guiado por el ánimo de efectuar una liberalidad en favor del tercero o bien para cumplir una obligación preexistente con el mismo (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Ej. Pacto por el que el comprador de una casa ha de pagar el precio de la misma, no al vendedor, sino a un tercero a quien el vendedor le debe dinero.

c) *Relación entre promitente y el beneficiario.* Esta es la relación obligatoria creada en virtud del contrato, en cuya virtud el beneficiario es acreedor, con respecto al promitente, de la prestación pactada en virtud de la estipulación en favor de tercero. El beneficiario puede actuar frente al promitente como si fuese un acreedor normal del mismo (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Efectos del contrato

De la Cuesta Sáenz, J. M.: «Efectos del contrato», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozo,* (coords. C. Vattier Fuenzalida, J. M. de la Cuesta Sáenz, J. M. A. Caballero Lozano), Vol. 1, Madrid, Dykinson, 2003, págs. 265-286.

2. Irrevocabilidad del contrato

Rodríguez Marín, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato),* Granada, 1991 y «Díez años del desistimiento unilateral», en *Libro homenaje al Dr. D. Bernardo Moreno Quesada*, editado por la Universidad de Granada, Jaén y Almería, Vol. 3º, 2000, págs. 1597 a 1610.

Tema 14
Ineficacia del contrato, rescisión y modificación

1. CONSIDERACIÓN GENERAL DE LA INEFICACIA

1.1. Concepto de ineficacia

El concepto de ineficacia es uno de los más confusos del Derecho civil. El Código e incluso la propia doctrina utilizan de forma imprecisa los términos de ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, etc. Para la doctrina la ineficacia es un término más amplio que los de invalidez, nulidad, anulabilidad y el resto de los mencionados (Castán, 1992).

La ineficacia del contrato es la no producción de los efectos jurídicos previstos, por la existencia de alguna irregularidad en el contrato (Bercovitz, 2004). El contrato ineficaz, al no producir los efectos que le son típicos, se separa del programa previsto en la reglamentación contractual (Valpuesta, 1994). La ineficacia consiste en una sanción con la que el ordenamiento jurídico reacciona frente a la irregularidad del contrato, puesto que hay una disconformidad entre el negocio tal y como es previsto por el ordenamiento jurídico (tipo negocial) y el contrato tal y como ha sido realizado (negocio real, realidad negocial) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Según sean el tipo de irregularidad que afecte al contrato, este no producirá ningún tipo de efecto o en el supuesto de producir algunos, estos no serán idénticos a los de un contrato absolutamente regular (Bercovitz y Valladares, 2004).

1.2. Clases de ineficacia

Los supuestos de ineficacia contractual pueden integrarse en dos grupos (Lasarte, 2007):

a) Invalidez motivada por la existencia de circunstancias intrínsecas a cualquiera de los elementos esenciales del contrato. Dentro de la invalidez podemos distinguir la nulidad y la anulabilidad.

c) Ineficacia en sentido estricto, incluye todos aquellos supuestos en que ciertos defectos extrínsecos al contrato, que en principio es válido, conllevan a su falta a de efectos.

En este grupo se incluyen:

1. El mutuo disenso.
2. El desistimiento unilateral.
3. La resolución por incumplimiento.
4. La rescisión.
5. La revocación.
6. El acaecimiento de la condición resolutoria
7. La falta de acaecimiento de la condición suspensiva.
8. La reducción.

1) El mutuo disenso. El mutuo disenso es un contrato mediante el cual las partes que previamente han celebrado otro contrato se desvinculan mutuamente de sus obligaciones. Es decir que las partes mediante el segundo contrato privan de sus efectos al otro contrato celebrado anteriormente (Bercovitz y Valladares, 2004).

2) El desistimiento unilateral. El desistimiento unilateral está proscrito con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 1.256 cc: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Sin embargo, podemos encontrar numerosas excepciones en el ámbito del Derecho de consumo:[1]

a) el régimen general en material de desistimiento en el ámbito de consumo lo constituye los arts. 68 a 79, del RDL 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios;
b) en otras leyes de consumo, que han quedado extramuros del citado Texto Refundido, también encontramos esta figura, así en el art. 10 de la Ley 42/1998 (derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias) se establece: «Desistimiento y Resolución del contrato: «1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio ...».

3) Resolución. La resolución de los contratos puede venir impuesta por las partes mediante la inserción de una condición resolutoria o por la ley, este es el caso del art. 1.124 CC que establece que en el caso de que uno de los obligados deje de cumplir, concede al otro la facultad resolver el contrato y desligarse del mismo (Puig Brutau, 1986).

4) Rescisión. La rescisión es la ineficacia sobrevenida de un contrato al cual no le falta ninguno de sus elementos esenciales ni hay vicio en ellos, como tampoco adolece de ausencia de algunos de los presupuestos que su tipo negocial (compraventa, arrendamiento, etc.). Pero por razón del perjuicio que supone para determinadas personas, el ordenamiento jurídico concede una acción (acción rescisoria) para hacer cesar su eficacia. La rescisión tiene carácter subsidiario, ya que solo cabe acudir a su ejercicio cuando no se pueda reparar el perjuicio por ningún otro medio (nulidad, anulabilidad, etc.).

5) Revocación. La revocación supone la existencia de un contrato válido y eficaz, que deviene ineficaz por conceder la ley a una de las partes la posibilidad de dejar sin efectos el contrato ante la producción de determinados supuestos (Bercovitz y Valladares, 2004) (p. ej., donación que se revoca por ingratitud del donatario, art. 648 CC).

6) Acaecimiento de la condición resolutoria. En este supuesto nos encontramos ante un contrato válido y eficaz, pero las partes pueden haber condicionado la subsistencia de sus efectos al cumplimiento de una condición, por ello llamada resolutoria.

   El art. 1.114 CC responde a la pregunta, ¿vigente mientras no suceda qué? Por ejemplo: contrato de compraventa de local con prohibición de instalar una discoteca como condición resolutoria.

7) La falta de acaecimiento de la condición suspensiva. Cuando un contrato está sujeto a una condición suspensiva, la adquisición de los derechos dependerá de la producción de los efectos en que consista la condición (art. 1.114 CC).

   Ej. El contrato de compraventa sometido a la condición de que se recalifiquen unos terrenos no producirá efectos –estará suspenso, pendiente– hasta que tenga lugar la citada recalificación. (Responde a la pregunta ¿pendiente de validez mientras no suceda qué?)

8) Reducción, que supone pérdida parcial de los efectos (así, una donación que perjudica la legítima). En todos estos casos se produce una extinción total o parcial del negocio por causas sobrevenidas, que están legalmente previstas.

1. Vid. otros supuestos en Tema 3 §3. «La irrevocabilidad del contrato».

2. LA INVALIDEZ DEL CONTRATO. (I) LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

2.1. Concepto y caracteres

La nulidad absoluta y radical o de pleno derecho es la máxima sanción que el ordenamiento jurídico establece, porque niega al negocio la posibilidad de producir consecuencias jurídicas. En ese sentido se manifiesta la máxima jurídica*: quod nullum est nullum effectum producit.*[2]

Como categoría distinta se contrapone, por la jurisprudencia del TS y cierta doctrina, la de la inexistencia. Un contrato inexistente es aquel en el que se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige (el precio de la compraventa, el precio en el arrendamiento, etc.), lo que impide identificarle o, en términos generales, carece de alguno de los elementos esenciales de todo negocio (el contrato celebrado por un menor incapaz de entender y querer; el contrato celebrado a nombre de otro sin su representación o autorización, etc.).

El Tribunal Supremo utiliza habitualmente el término «inexistencia» referido a contratos que no reúnen los requisitos del art. 1.261, reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contratos contrarios a las leyes, en el sentido del art. 6.3; por el contrario la mayor parte de la doctrina incluye todos esos supuestos en la nulidad absoluta (LACRUZ, 1999).

El concepto de inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa, que, basada en la jurisprudencia que había tasado las causas de nulidad (*pas de nullité sans texte)*, se vio forzada a construir un concepto distinto que albergara aquellos defectos negociales necesariamente relevantes –la identidad del sexo en el matrimonio es el ejemplo clásico–, que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta expresamente por la Ley.

La doctrina es reticente a la figura de la «inexistencia» del contrato por estimar: en primer lugar, que es *inútil* por conducir a las mismas consecuencias jurídicas que la nulidad radical. Además, *carece de necesidad*, ya que no es preciso que los supuestos de nulidad se exijan taxativamente por la Ley, sino que basta con que aquella exija su significado y finalidad.

2.2. Las causas de nulidad

Los supuestos más habituales de nulidad contemplados por nuestro ordenamiento son los siguientes (LACRUZ, 1999):[3]

A) Cuando el contrato carece de los requisitos esenciales del artículo 1.261 (consentimiento, objeto o causa) o de los que el ordenamiento jurídico impone por razón del tipo negocial concreto. Ej. la falta de precio en la compraventa.

Además del supuesto genérico de causa nulidad, por falta de los elementos del art. 1.261 CC, podemos encontrar las siguientes supuestos en que también procede la nulidad: 1) indeterminación absoluta del objeto (art. 1.273) o su ilicitud (artículos 1.271, 1.272 y 1.305); 2) ilicitud de la causa (arts. 1.275, 1.305 y 1.306) y 3) incumplimiento del requisito de forma, cuando este viene exigido para la validez del contrato (contratos formales).

B) Por violación de norma imperativa o prohibitiva, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (art. 6.3 CC):

2. Vid. otros supuestos en Tema 3, §3. «La irrevocabilidad del contrato».
3. En nuestro estudio no vamos a distinguir entre inexistencia y nulidad, sino que englobaremos todos los supuestos en la última figura.

«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.» Este sería caso de la realización de actos de disposición a título gratuito sobre bienes comunes por un cónyuge sin el consentimiento del otro (art. 1.322-2º).

C) Por haberse traspasado los límites que señala el ordenamiento para el juego de la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público (art. 1.255).

2.3. La acción de nulidad

La acción de nulidad presenta las siguientes características:

1º *Legitimación activa y pasiva.* La legitimación activa para el ejercicio de la acción es muy amplia. Se reconoce tanto en favor de las partes que celebraron el contrato como de los terceros perjudicados que acrediten tener interés jurídico en que se declare la nulidad (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La sts 24 julio 2002 (rja 6936): «Esta Sala admite la legitimación de los terceros para pedir la nulidad radical (o inexistencia) de los contratos cuando se invoque un interés que justifique la pretensión de invalidez».

La nulidad radical y absoluta, además de poder ser utilizada «a instancia de parte» también opera *ipso iure,* es automática, puede ser declarada de oficio por los Tribunales sin necesidad de petición expresa de parte (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2º *Plazo de ejercicio.* La acción de nulidad es imprescriptible, puesto que lo que es nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo. El contrato nulo, a diferencia del anulable, no puede convalidarse por confirmación, puesto que según el art. 1.310 del cc «solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos del art. 1.261». Si el contrato carece de validez, lo procedente no será su confirmación, sino la nueva celebración del contrato (Puig Brutau, 1986).

2.4. Efectos de la nulidad absoluta

El contrato nulo produce una apariencia de validez que hace que produzca los mismos efectos que si fuera válido, salvo que la apariencia sea destruida mediante el ejercicio de la acción de nulidad (Lasarte, 2007). El ejercicio con éxito de la acción de nulidad produce los siguientes efectos:

a) Retroactividad de sus efectos. La nulidad impide que el contrato anulado despliegue los efectos correspondientes a su tipo desde el principio *(ab initio)*, lo que supone que la nulidad tiene carácter retroactivo, y que por tanto no puede subsanarse ni por convalidación ni por el transcurso del tiempo (Castán, 1992).

b) Restitución de las prestaciones. El contrato una vez ha sido declarado nulo es como si nunca hubiera existido y por tanto no produce efectos. De ahí que la declaración de nulidad tendrá como consecuencia que las cosas vuelvan al estado anterior a la celebración del contrato. Para ello se tendrá que producir la restitución de prestaciones (Lasarte, 2007).

Como principio general hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.303 cc: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses». Si bien este

precepto parece estar pensado para una compraventa nula, es, sin embargo, aplicable a todas las situaciones de nulidad contractual (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

c) Eficacia propagadora de la nulidad. Lo que supone que la nulidad alcanza a los negocios que se encuentran en una situación de dependencia del declarado nulo. (Ej. La nulidad de un préstamo comporta la nulidad de la fianza establecida para garantizarlo.) Sin embargo, ante la inexistencia de regulación legal para este fenómeno, no se pueden dar principios generales, y la decisión de cuándo existe aquella dependencia queda a criterio del juzgador (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2.5. Excepciones a la obligación de restituir

La obligación de restitución, presenta excepciones y no se aplica en los siguientes casos:

1) Cuando sea ilícita la causa u objeto del contrato constituyendo delito o falta (art. 1.305) o ser la causa torpe, pero sin constituir delito o falta (art. 1.306) (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La denominación *causa torpe*, según Lasarte (2007), es una expresión anacrónica del cc y viene a significar causa ilícita, si bien refiriéndose a un ilícito civil.

2) La restitución que ordena el artículo 1.303 en principio ha de hacerse en forma específica o *in natura.* Sin embargo, cuando ello no fuera posible, por haberse perdido se aplicará la restitución por equivalente del artículo 1.307, que dice que: «el obligado por la declaración de nulidad prestación por a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha».

3) Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba (art. 1.308).

4) Cuando la nulidad (relativa) proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera (art. 1.304).

Este supuesto solo procede en los casos en que se dicta la nulidad como consecuencia del ejercicio de la acción de anulabilidad.

2.6. La nulidad parcial del contrato

La nulidad parcial consiste en que un contrato contiene una o varias cláusulas que son nulas por ser contrarias a una norma imperativa, sin embargo, el resto de pactos del contrato son válidos y este presenta todos sus elementos esenciales (Lasarte, 2007). El cc no contiene una regla general sobre la nulidad parcial pero son muy numerosos los artículos en los que se establece que la nulidad de una determinada cláusula o parte del negocio no afectará a la validez del negocio jurídico, teniéndola por no escrita, o bien que declaradas nulas no hacen nulo el negocio (artículos 641, 737, 767, 793, 794, 814, 865, 1.155, 1.260, 1.316, 1.317, 1.476 y 1.608 cc, entre otros).

El ts ha elaborado la teoría de «la conservación del contrato», en cuya virtud se establece el criterio de evitar que la trascendencia de las cláusulas nulas afecten al resto del contrato que deberá ser mantenido en vigor (Lasarte, 2007).

Así la STS 25 septiembre 2006 (RJA 6577) establece que:

> con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur* [la parte útil no resulta viciada por la inútil], la jurisprudencia declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la Ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes: artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios [RCL 1984, 1906]), procede únicamente declarar su nulidad parcial (SSTS de 17 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7293], 22 de abril de 1988 [RJ 1988, 3275], 15 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1442], 23 de junio de 1992 [RJ 1992, 5468].

3. LA INVALIDEZ DEL CONTRATO. (II) LA ANULABILIDAD

3.1. Concepto

La anulabilidad es un tipo de ineficacia que se llama relativa, por ser menos enérgica que la nulidad y porque depende exclusivamente de que sea ejercitada por el titular del interés protegido para que produzca sus efectos. Esta figura tiene su origen en defectos estructurales del negocio jurídico que son de menor entidad que la nulidad (Valpuesta, 1994). Un contrato es anulable cuando el ordenamiento otorga a una de las partes la facultad de impugnarlo o de confirmarlo, en el primer caso, si tiene éxito la impugnación judicial el contrato será tenido por nulo y en el otro caso el contrato será tenido por válido desde el momento de su perfección (De Pablo Contreras, 2003). El contrato anulable tiene eficacia «claudicante», puesto que si bien es válido y produce sus efectos desde el momento de su perfección, como cualquier otro negocio normal o regular, lo es hasta que una de las dos partes puede declarar la nulidad (Valpuesta, 1994).

La anulabilidad aparece regulada en el Capítulo VI, Título II, Libro IV del Código Civil, bajo el epígrafe «De la nulidad de los contratos», arts. 1.300 a 1.314. El art. 1.300, dice así: «Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la leyes».

Aunque en algunos de los preceptos del capítulo VI utilizan la expresión *nulidad* la doctrina coincide al afirmar que en realidad se están refiriendo a la institución de la anulabilidad (De Pablo Contreras, 2003).

Así lo reconoce la STS 24 julio 2002 (RJA 6936): «el art. 1.300 se refiere a la anulabilidad (impugnabilidad), no a la nulidad radical o absoluta (la causa ilícita sería determinante de nulidad radical)».

3.2. Causas de anulabilidad

De acuerdo con el profesor Castán los motivos que pueden dar lugar a la anulabilidad o nulidad relativa son los siguientes:

a) Los *vicios del consentimiento*, como la violencia, la intimidación, el dolo y el error (arts. 1.266 a 1.270 CC).

b) *La inexistencia de plena capacidad de obrar,* cuando no implique falta de consentimiento:

-Los menores de edad no emancipados (art. 1.263-1).
-Las personas sometidas a tutela de acuerdo con la sentencia de incapacitación (arts. 222 y 267).

-La personas sometidas a curatela conforme al art. 293.
-Los emancipados en relación a los contratos mencionados en el art. 323.

c) *La inexistencia de consentimiento marital* respecto de los contratos onerosos realizados por el otro cónyuge cuando se requiere el consentimiento de ambos (art. 1.322, 1.320 y 1.377). En el caso de que los contratos fueran gratuitos la sanción sería la nulidad (1.322 CC).

3.3. La acción de anulabilidad

La menor gravedad de los vicios del contrato anulable, en relación con el nulo, hace que la acción de anulabilidad tenga un alcance mucho más limitado en todos sus aspectos (Lasarte, 2007).

3.3.1. Legitimación activa

La anulabilidad también se denomina nulidad relativa, porque depende exclusivamente de que sea ejercitada por el titular del interés protegido para que produzca sus efectos; lo que supone que solamente están legitimadas para su ejercicio las personas que han sufrido el vicio del consentimiento o fueron incapaces para contratar y, finalmente, aquellas personas que se obligaron subsidiariamente (art. 1.302).

Por el contrario, las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron, ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato (art. 1.302).

3.3.2. Plazo de ejercicio

Según el Código (art. 1.301), la acción de nulidad solo dura cuatro años. Este plazo según la mayoría de la doctrina es de caducidad (Díez-Picazo y Gullón (2001), Valpuesta (1994)).

Este plazo empieza a computarse de forma diferente según la causa de anulabilidad:

a) En los casos de *intimidación o violencia*, desde el día en que estas hubiesen cesado.
b) En los de *error o dolo o falsedad de la causa*, desde la consumación del contrato
c) Cuando la acción se dirija a invalidar actos o *contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro*, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato (art. 1.301).
d) Y cuando se refiera a los contratos celebrados por los *menores e incapacitados*, desde que salieron de la tutela (artículo 1.301).

La STS de 6 septiembre de 2006 se decanta por la tesis de la prescripción (también la STS 1 febrero 2002 (RJA 1586), al establecer que: «Finalmente, en cuanto a la excepción de transcurso del plazo de 4 años fijado en el artículo 1.304 del Código Civil, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad».

No obstante, son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales que todavía se decantan por la tesis de la caducidad.

3.3.3. Extinción de la acción de nulidad

La acción de anulabilidad puede extinguirse:

1º Por la prescripción o transcurso del plazo de cuatro años.
2º Por la confirmación del acto anulable (artículo 1.309).
3º Por la pérdida de la cosa, objeto del contrato, cuando sea debida a dolo o culpa del que pudiera ejercitar la acción (art. 1.314).

3.3.4. Efectos de la anulabilidad

Los efectos del contrato anulable son claudicantes, es decir, que la eficacia contractual si no se destruye por el ejercicio de la acción de anulabilidad se hace definitiva: bien por la confirmación del mismo negocio (que lo sana del vicio del que adoleciera) o bien por la caducidad [prescripción] de aquella acción, por no ejercitarse dentro del plazo legal de cuatro años (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En el caso de que se ejercite con éxito la acción de anulabilidad, según Castán, el contrato que era eficaz deja producir sus efectos, siendo considerado como si desde un principio no hubiera existido (retroactividad anulabilidad). A partir de la firmeza de la sentencia en que se declara la nulidad del contrato este sufrirá idénticas consecuencias a las del contrato absolutamente nulo. Por lo que se aplicará el mismo régimen en materia de restitución de prestaciones de los arts. 1.303 y siguientes.

Según el diccionario de la rae la expresión anulable significa «Que se puede anular». De ahí que el resultado de la sentencia que estima la acción de anulabilidad sea la de declarar la nulidad del contrato. De ahí que la situación de pendencia en que consiste la anulabilidad se convierta en definitiva con la sentencia.

3.4. La confirmación de los contratos anulables

3.4.1. Concepto

Si las causas de anulabilidad son disponibles para las partes, pudiendo renunciar al ejercicio de la correspondiente acción, es lógico que exista un medio para sanar el contrato anulable antes de que la acción de anulabilidad prescriba. El medio utilizado para subsanar el contrato anulable se denomina confirmación, convalidación o ratificación (Lasarte, 2007). También se ha dicho que la confirmación es «una declaración unilateral de voluntad, realizada por quien tiene legitimación para hacer valer la anulabilidad, en cuya virtud del acto o contrato deviene inimpugnable y por ende plenamente válido» (De Pablo Contreras, 2000).

La confirmación aparece contemplada en el art. 1.309 cc: «La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente».

3.4.2. Requisitos de la confirmación

1º Que se haga la confirmación por la persona que podría ejercitar la acción de anulabilidad (por ejemplo, el menor, el otro cónyuge, la persona que haya sufrido el error o la violencia,

o los herederos o representantes legítimos de estos). Según el Código: «la confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad» (art. 1.312).

2º Que se haga con conocimiento del vicio del contrato.

3º Que el vicio o causa de la anulabilidad haya desaparecido, pues, en otro caso, el acto de la confirmación adolecería del mismo defecto que el que se trataba de subsanar.

El Código Civil solo habla de estos dos últimos requisitos a propósito de la confirmación tácita (art. 1.311, párrafo segundo), pero no hay inconveniente en darles carácter general.

3.4.3. Formas de la confirmación

La confirmación puede ser expresa o tácita. Según el Código «se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique, necesariamente, la voluntad de renunciarlas» (artículo 1.311).

La confirmación expresa es una mera declaración de voluntad para la que no se exige ninguna forma determinada (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Manifestaciones de la confirmación tácita pueden ser: el simple otorgamiento de la escritura (cuando se haga una vez cesado la causa de la nulidad) o la ejecución de lo convenido (Castán, 1992).

3.4.4. Efectos de la confirmación

La confirmación produce los siguientes efectos:

1º Extingue la acción de nulidad (art. 1.309).
2º Convalida retroactivamente el contrato anulable. «La confirmación –dice el art. 1.313– purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración». Así pues, los efectos producidos por el contrato se convierten en definitivos (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

4. LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS

4.1. Concepto

Al lado de los negocios nulos y los negocios anulables, el cc también considera como supuesto general de ineficacia de los contratos el de la rescisión. Para De Castro, el negocio rescindible es un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio para una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley considera especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación), podrá ser declarado ineficaz o (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado (art. 1.290).

Como advierte Díez-Picazo, nuestro cc ha establecido dos regímenes jurídicos distintos: uno para la anulación (arts. 1.300 a 1.314) y otro para la rescisión (arts. 1.290 a 1.299).

Entra la anulación y la rescisión cabe señalar las siguientes diferencias:

1º La anulabilidad obedece a la existencia de un defecto en la celebración del contrato (de contratos que adolezcan de algún vicio habla el art. 1.300); en cambio, la rescisión se aplica a «contratos válidamente celebrados» (art. 1.295) y obedece, no a la irregularidad de la formación del contrato, sino al hecho de que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a derecho: produce un fraude de acreedores o una lesión.
2º La acción de rescisión es subsidiaria. Según el art. 1.294, solo puede ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido.

La rescisión, añade (Díez-Picazo y Gullón, 2001), supone un remedio jurídico *in extremis* que quizá tenga su origen en razones de humanidad y piedad. La rescisión es la ineficacia sobrevenida de un negocio jurídico, al cual no le falta ningún requisito de validez. No adolece de ningún vicio o defecto que lo haga inválido, pero al producir un perjuicio a una de las partes o a un tercero se estima injusto, de modo que el perjuicio que causa únicamente puede ser reparado mediante la declaración de su ineficacia a petición del perjudicado.

4.2. Supuestos de rescisión

La rescisión –según Gullón– solo produce la ineficacia de los contratos en los supuestos enumerados taxativamente por la ley (arts. 1.290 y 1.291). El carácter de remedio excepcional que ofrece la rescisión de los contratos aparece claramente señalado en el citado art. 1.290, al declarar que «los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley».

Las causas de rescisión establecidas por el Código Civil pueden agruparse en tres grupos:

4.2.1. Rescisión por lesión, en sentido estricto. En esta apartado quedan comprendidos

1) «Los contratos que pudieran celebrar los *tutores sin autorización judicial*, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos» (art. 1.291-1º).

2) Los contratos celebrados en representación de los ausentes, siempre que estos hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas (art. 1.291-2º), y no se haya celebrado el contrato con autorización judicial (art. 1.296).

3) Las particiones de herencia, siempre que la lesión sea en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas (art. 1.074).

Fuera de los casos indicados, ningún contrato se rescindirá por lesión (art. 1.293).

4.2.2. Rescisión por fraude de acreedores

Para algunos autores este supuesto no tiene el carácter de verdadera rescisión que se reservaría para los supuestos de lesión. En este caso se posibilita al acreedor la posibilidad de satisfacer sus derechos sobre los bienes trasferidos a un tercero que le posibilita la acción pauliana o revocatoria del art. 1.111 cc (Moreno Quesada, 1991).

Aquí podemos situar los siguientes casos:

a) Los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba (art. 1.291, núm. 3).

El fraude se presume, según el Código, en las enajenaciones gratuitas, siempre, y en las onerosas, cuando se trate de bienes obligados judicialmente (art. 1.297).

b) Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente (art. 1.291-4º).

c) Los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos (art. 1.292), como sucedería, por ejemplo, en obligaciones bajo condición suspensiva o a plazo.

La STS 19 junio 2007 (RJA 3460) establece que la jurisprudencia ha determinado que los requisitos para la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana son: «la existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor» (sentencia de 10 abril 1995 [RJ 1995, 3254]; véanse, además las de 16 enero 2001 [RJ 2001, 4954], 27 junio 2002 [RJ 2002, 5896], 13 mayo 2004 [RJ 2004, 2755], entre muchas otras).

4.2.3. Rescisión por otros motivos legales

El artículo 1.291 hace referencia a cualesquiera otros casos en que especialmente determine la ley la rescisión. El Código contempla la rescisión en otros preceptos relativos a la compraventa: así, por ejemplo, en el artículo 1.476 (error en la cabida o calidad del inmueble vendido), en el artículo 1.479 (evicción de parte de la cosa vendida), en el artículo 1.483 (gravámenes ocultos de la finca vendida) y en el 1.486 (vicios ocultos).

4.3. La acción rescisoria

4.3.1. Legitimación activa y pasiva

Pueden ejercitar la acción rescisoria: *a*) el perjudicado, o sea, el lesionado en los casos de rescisión por lesión, el acreedor defraudado en los de rescisión por fraude, y los demás a quienes competa en cada uno de los casos particulares. *b*) Sus representantes. *c*) Sus herederos o causahabientes. *d*) Los acreedores, por virtud de la acción subrogatoria que les concede el artículo 1.111.

Puede ejercitarse la acción: *a*) Contra el causante del perjuicio y sus herederos o causahabientes. *b*) Contra los terceros que hubiesen adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores.

4.3.2. Condiciones de ejercicio

El Código exige tres condiciones para el ejercicio de la acción rescisoria:

1º Que el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294).
2º Que el perjudicado pueda devolver aquello a que por su parte estuviera obligado (art. 1.295-1º).
3º Que las cosas objeto del contrato no se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe (art. 1.295-2º); pero en este caso puede reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión (art. 1.295).

4.3.3. Plazo de duración

El Código establece un periodo de cuatro años (art. 1.299-1º), que es el mismo que señala para las acciones de nulidad. Para algunos casos especiales, que con más o menos propiedad califica el Código de rescisiones, marca plazos distintos (recuérdese, por ejemplo, el de seis meses que fijan, para los casos de error en la cabida o defectos ocultos de la cosa vendida, los artículos 1.472 y 1.490). Cuando se trate de rescisión, contra tercero, de enajenaciones fraudulentas de bienes inmuebles inscritos en el Registro, rige el mismo plazo de cuatro años, según el párrafo último del artículo 37 de la Ley Hipotecaria (Castán, 1992).

El plazo de cuatro años no empezará a contarse, para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, sino cuando haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos (art. 1.299-2º). En los demás casos, empezará a correr el plazo desde la celebración del contrato. El plazo es de caducidad (Valpuesta, 1994).

4.3.4. Efectos de la rescisión

El efecto principal de la acción rescisoria es destruir todas las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenía cuando aquel se celebró. El contrato deviene ineficaz con carácter retroactivo (Valpuesta, 1994).

El artículo 1.295 establece que «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses».

Como efecto subsidiario, para el caso de que no sea posible la devolución de las cosas (por ejemplo, por haber pasado a poder de tercero, que las adquirió de buena fe), establece el Código la indemnización de daños y perjuicios. «El que hubiese adquirido de mala fe –dice el artículo 1.298– las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a estos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado, siempre que, por cualquier causa, le fuera imposible devolverlas.»

5. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

5.1. La variación de las circunstancias particulares

La regla *pacta sunt servanda* del art. 1.091 impone que las obligaciones que genera el contrato deben cumplirse porque así lo convinieron expresamente las partes; sin embargo, esta máxima debe ser completada por lo dispuesto en el art. 1.258 CC , de tal manera que los contratantes también deberán cumplir con todas aquellas consecuencias (obligaciones) que a pesar de no haber sido aceptadas explícitamente por ellos, sin embargo, atendiendo a la naturaleza del contrato son conformes a la buena fe, al uso y a la ley. De acuerdo con la buena fe, el contrato también debe ser cumplido incluso si, después de celebrado, se producen alteraciones en las circunstancias que sirvieron de base al contrato, de modo que resulta más difícil u onerosa la ejecución de lo pactado para alguno de los contratantes (Lacruz, 1999).

Las partes al celebrar el contrato lo hacen en un concreto contexto de datos y circunstancias, cuya persistencia en el futuro presuponen y sin los cuales acaso no hubiesen contratado; a pesar de todo el cambio de aquellas circunstancias no es suficiente para dejar sin vigencia los pactos convenidos; puesto que los contratantes al mismo tiempo que emiten el consentimiento contractual están asumiendo el riesgo de una variación o alteración de aquellas circunstancias iniciales. Además, en previsión de la variación de aquellas circunstancias siempre podrían haber incorporado al contrato toda una serie de medidas para contrarrestarlas, tales como condiciones resolutorias, cláusulas de estabilización, etc. (Lacruz, 1999).

> Ej. Si se arrienda para veinte años una casa, a razón de una renta mensual de 300 €, es previsible que si no se tiene la precaución de insertar en el contrato una cláusula de estabilización o de revisión de la renta, que dentro de pocos años se estará sufriendo un perjuicio como consecuencia de la depreciación de la moneda.

5.2. La alteración extraordinaria de las circunstancias generales

En ocasiones, en el momento del cumplimiento de los contratos de larga duración, pueden acontecer eventos imprevisibles para las partes, que provocan una alteración extraordinaria de las circunstancias con relación a las que concurrieron al tiempo de su celebración; lo que provoca una desproporción desorbitante entre las prestaciones asumidas por las partes. De ahí que no parece justo que el cumplimiento deba seguir practicándose en las mismas condiciones en que se acordó o, incluso, a veces, que incluso persista el deber de cumplir (Lacruz, 1999).

Lacruz propone el siguiente ejemplo: un proveedor que hubiera prometido poco antes de la primera guerra mundial, es decir, en un momento de gran estabilidad económica, suministrar a unas empresas determinadas mercancías (carbón, acero) durante X años a cambio de cierta cantidad de dinero, no podía prever la guerra, la inflación y la depreciación monetaria, determinando un alza inaudita de precios; y este alea anormal e imprevisible planteó la cuestión de saber si era equitativo mantener el contrato o bien se imponía resolverlo o atemperarlo a los nuevos módulos económicos, para que las obligaciones nacidas del contrato recobrasen la originaria reciprocidad que habían perdido.

5.3. La regla *rebus sic stantibus*

La doctrina y la jurisprudencia consideran posible la modificación o resolución de los contratos, de tracto sucesivo y de larga duración, por alteración extraordinaria de las circunstancias, acudiendo para ello a diversas teorías: la cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio o de la equivalencia de las prestaciones

Entre ellas la que más amplio eco ha encontrado en la doctrina del TS es la de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* de tal forma que afirma que cuando se concluye un contrato cuyo desarrollo se prolonga durante un largo periodo de tiempo, se sobreentiende que los contratantes pactan teniendo en cuenta las circunstancias del momento en que fue concertado o aquellas que podían prever normalmente, siendo la persistencia de tales circunstancias, en particular las económicas, condición tácita del mantenimiento en vigor del contrato.

La STS 15 marzo 1994, (RJA. 1.784), al referirse a la cláusula *rebus sic stantibus* establece que: «cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligacional por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones».

La STS 27 mayo 2002 (RJA 4573) establece que:

> esta cláusula de *rebus sic stantibus* para que pueda estimarse como sobreentendida en ciertos contratos, fundamentalmente en los de ejecución sucesiva en los que por el transcurso del tiempo puedan variar las condiciones de hecho tenidas en cuenta para contratar, no está recogida en nuestro ordenamiento civil, aunque entiende que puede ser apreciada por los Tribunales, siempre que se den circunstancias determinadas [...] que se trate de una alteración de los supuestos básicos del contrato, completamente extraordinaria, que origine una desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones de las partes y que no pudieron prever al contratar.

La STS 25 enero 2007 (RJA 592) establece que: «la alteración sea extraordinaria, que el equilibrio de las prestaciones resulte aniquilado, por darse una desproporción exorbitante, y que las circunstancias sobrevenidas sean radicalmente imprevisibles, todo lo cual entraña una evidente excepcionalidad, así como la necesidad de que, quien pretende la modificación de lo acordado, pruebe todos esos requisitos, en forma racionalmente conveniente y decisiva (STS 17 noviembre 2000 [RJA 9343])».

En la misma STS 25 enero 2007 (RJA 592) podemos encontrar un resumen de las conclusiones de la doctrina jurisprudencial respecto a la aplicación de la citada cláusula:

> A) que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) que su admisión requiere como premisas fundamentales: *a*) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; *b*) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y *c*) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) en cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.

En alguna sentencia se admite que la mencionada cláusula, además de la suspensión, pueda producir otros efectos como: «la revisión o resolución o hasta la suspensión de los contratos» (STS 27 mayo 2002 (RJA, 4573)).

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Nulidad

López Beltrán de Heredia, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M. A.: *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica,* Madrid, Dykinson, 2005.

2. Rescisión

Abril Campoy, J. M.: *La rescisión del contrato por lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencia,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

3. Cláusula *rebus sic stantibus*

De Amunátegui Rodríguez, C.: *La cláusula rebus sic stantibus,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Martínez Velencoso, L. M.: *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial,* Madrid, Civitas, 2003.

Tema 15
Contratos simulados, fiduciarios indirectos y fraudulentos

1. ANOMALÍAS CONTRACTUALES

Para Puig Brutau (1986) anomalías contractuales son aquellas situaciones en las que un negocio jurídico adaptado normalmente a situaciones determinadas, se utiliza para finalidades diferentes, lográndose unos efectos directamente queridos, pero indirectamente buscados. En estos contratos, también denominados anómalos, la causa, entendida como la finalidad objetiva y económica de cada tipo contractual, resulta alterada por las partes (De Pablo Contreras, 2000).

La compraventa es el prototipo de contrato oneroso, y aunque el Código Civil no exige que el precio sea justo, no hay duda que ha de representar una efectiva contraprestación de valores y una ventaja comparable para una y otra parte. Sin embargo, en ocasiones la compraventa se utiliza como medio para alcanzar el resultado de una donación: este es el caso en que una persona como liberalidad vende a otra una cosa por un precio inferior al normal; o a la inversa, cuando el comprador paga al vendedor un precio superior con la misma intención liberal.

> Ej. El padre que le compra a su hijo su coche valorado en 3.000 € por 23.000 €, en realidad le está donando 20.000 €.

El utilizar unos cauces legales con el fin de obtener resultados que no son los que corresponden normalmente al medio empleado, es admisible, siempre que se actúe dentro los límites de la autonomía de la voluntad (art. 1.255), es decir, siempre que no se infrinjan normas imperativas o no se cometa un fraude de ley (Puig Brutau, 1986).

Para De Castro (1985) estas anomalías contractuales, al ser utilizadas reiteradamente en el tráfico jurídico, han alcanzado cierta tipicidad social, habiéndose adquirido la costumbre de hablar de *contratos simulados*, *fiduciarios*, *indirectos* y *en fraude de ley*. Sin embargo, ninguna de estas expresiones se corresponde con verdaderos tipos o figuras de contratos, puesto que con ninguna de ellas se atiende a una finalidad específica y regulada como tal por el Derecho; las citadas expresiones se refieren más bien a las deformaciones que pueden afectar a los más variados tipos de negocios. En el caso de los negocios (en sentido estricto) que pueden ser encajados dentro de una determinada figura contractual son excluyentes entre sí (un contrato o es una compraventa o es una donación pero nunca las dos cosas al mismo tiempo), sin embargo, las anomalías contractuales no son excluyentes de modo que sobre un mismo negocio (en sentido estricto) pueden recaer varias. De modo que sobre una misma compraventa, podrán recaer al mismo varias anomalías, que harán que este sea a la vez un negocio fiduciario e indirecto.

2. CONTRATOS SIMULADOS

2.1. Concepto

La simulación tiene lugar cuando hay una divergencia entre lo que las partes contratantes declaran externamente y lo que quieren y se declaran secretamente entre ellas. La discrepancia, en lugar de existir entre la voluntad y la declaración, en realidad se produce entre una declaración externa y una declaración interna, paralela y secreta de las partes contratantes, también llamada contradeclaración, que estas desean que sea válida y eficaz entre ellas (Lacruz, 1999).

La simulación, de modo similar a la reserva mental constituye una *divergencia entre lo declarado y lo querido;* la diferencia está en que mientras en la reserva mental una parte manifiesta algo diferente a lo que quiere, *en los contratos simulados los contratantes están perfectamente de*

acuerdo entre sí, precisamente para producir una apariencia frente a terceros. Existe un acuerdo para simular y por ello la causa del contrato simulado es falsa, por ser meramente aparente. La causa verdadera y concreta de la simulación está en este acuerdo para simular (Puig Brutau, 1986).

2.2. Clases de simulación

El Código Civil no regula la simulación del contrato con esta denominación; pero el artículo 1.276 dispone: «La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita». Lo que permite afirmar que contratos simulados son los que tienen una causa falsa, en el sentido de fingida, que permite crear la apariencia de contrato. Del mismo precepto resultan las dos clases de simulación: la absoluta y la relativa.

En la simulación absoluta las partes se han puesto de acuerdo para crear la mera apariencia de contrato, sin que se modifique la situación jurídica anterior. Para ello las partes fingen celebrar un contrato, pero en realidad quieren que solo sea una apariencia frente a terceros permaneciendo inalterada la situación jurídica anterior. En este caso al no haber más que simulación, se dice que esta es absoluta o como dice De Castro (1985) *nuda simulatio.*

Ej. Un supuesto de simulación absoluta es cuando el vendedor, para defraudar a sus acreedores, aparenta vender su casa a un tercero, a pesar de que quiere seguir y sigue siendo dueño de la cosa que finge enajenar. Por ello, demostrada la falsedad de la causa, el contrato será declarado radicalmente nulo y desaparecerá lo que no era más que una apariencia de contrato. En este sentido la sts 27 abril 2007 (rja 2398) establece que ese mismo tribunal: «ha considerado como simulación absoluta la disminución ficticia del patrimonio, sustrayendo bienes a la ejecución de los acreedores, pero conservando el falso enajenante el dominio (sentencias de 26 diciembre 1953 [rj 1953, 3344], 26 octubre 1956 [rj 1956, 3211], 25 febrero 1958 [rj 1958, 1043], 4 noviembre 1964 [rj 1964, 1794], 2 junio 1982 [rj 1982, 3402], etc.».

La sts 27 junio 2007 (rja 3550) aprecia la existencia de nulidad absoluta en un caso de traspaso de local de negocio aparente a sociedad constituida al efecto con la finalidad de encubrir la continuidad en la explotación del negocio de los arrendatarios tras la expiración del plazo contractual. Se justifica alegando que: «el art. 1.276 de dicho cuerpo legal, llega a afirmar que la expresión de una causa falsa en un contrato, hace que al surgir la figura delimitada doctrinalmente del contrato simulado, y no disimulado, aquel sea nulo de pleno derecho (sts 17 abril 1997 [rj 2912]). Pues bien, en el caso se simuló el traspaso, cumpliendo sus formalidades, y se constituyó una sociedad mercantil como medio para este fin con el único objeto de que los arrendatarios pudieran continuar en la explotación del negocio más allá del plazo previsto para el mismo y evitar de esa forma su resolución por expiración del término».

La simulación relativa, consiste en que las partes fingen celebrar un contrato destinado a ocultar otro contrato diferente. La simulación es relativa porque por debajo del contrato simulado existe otro contrato, oculto o disimulado, pero verdadero que es el que las partes verdaderamente han querido celebrar.

> Ej. El padre que quiere favorecer a un hijo, frente a los demás, simula que le ha vendido unas fincas, llegando incluso a otorgar escritura pública, así de este modo logra sortear las disposiciones del cc sobre la legítima de los herederos. En realidad, el padre ha donado las fincas a su hijo puesto que este no ha pagado nada por ellas. Descubierta la simulación relativa el Juez determinará la nulidad de la compraventa y, la validez del negocio oculto, la donación.

2.3. Efectos de la declaración de la simulación

A) La declaración de simulación absoluta. Según Ruiz Serramalera (1980) la simulación absoluta, supone la creación de una apariencia de negocio ocultando la ausencia total de causa. Si bien hacia el exterior se muestra la existencia formal de un negocio, en realidad, no existe ninguno por faltar este elemento esencial del contrato, lo que supone su nulidad absoluta. Aunque en un principio el engaño pueda producir los efectos deseados, descubierta la anomalía del negocio se descubre también el vacío sobre el que está construido (no hay causa, no hay negocio, no hay relación jurídica).

   La declaración de la simulación absoluta por el juez implica que se declare la inexistencia o nulidad del negocio, por carencia o falsedad de causa (arts. 1.261 y 1.275 CC): «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

   La STS 27 junio 2007 (RJA 3550) establece el efecto de la nulidad absoluta: «el art. 1.276 de dicho cuerpo legal, llega a afirmar que la expresión de una causa falsa en un contrato, hace que al surgir la figura delimitada doctrinalmente del contrato simulado, y no disimulado, aquel sea nulo de pleno derecho (STS 17 abril 1997 [RJ 2912])».

   Para De Castro (1985), el contrato nulo por simulación absoluta no puede sanarse por cumplimiento, confirmación o convalidación, y tampoco puede ser objeto de novación, delegación o cesión. Todo ello sin perjuicio de que si las partes han obrado por una finalidad ilícita, puedan haber incurrido en responsabilidad civil o incluso penal; y que si por la apariencia creada, alguien ha confiado en ella de buena fe y ha realizado una adquisición a título oneroso, su adquisición deba ser respetada.

B) La declaración de simulación relativa. Afirma el profesor De Castro (1985) que la simulación relativa es una figura jurídica mucho más compleja (*simulatio non nuda*) que la simulación absoluta. En este caso no solo se ha de tener en cuenta el negocio simulado y el acuerdo sobre el encubrimiento sino también el negocio jurídico ocultado. El CC regula la simulación relativa como una anomalía de la causa en el art. 1.276, cuando dice que: «La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita».

   La jurisprudencia del TS ha dejado sentado que declarada la simulación (relativa), el contrato disimulado u oculto podrá subsistir si reúne los requisitos necesarios para su validez y eficacia; por el contrario el contrato simulado ha de quedar eliminado por no ser más que una cobertura que oculta el contrato verdadero y disimulado (De Castro, 1985).

   No obstante, el contrato simulado deberá ser tenido en cuenta para conocer datos que tal vez no consten en el contrato disimulado (por ejemplo, fecha, partes que intervienen, condiciones, etc.). Además, no cabe descartar que alguien haya podido adquirir derechos por negociación onerosa y de buena fe a base de la apariencia del contrato simulado, como sucede en la misma simulación absoluta.

   En todo caso, *para declarar la validez del contrato oculto a disimulado será necesario comprobar que reúne los requisitos que exige la ley,* sin que sus defectos puedan suplirse con base de requisitos que únicamente se refieran al contrato aparente o simulado.

En este sentido la compraventa simulada de cosa inmueble, otorgada en escritura pública, podrá ser válida como donación, si se cumplen los requisitos del artículo 633 del Código Civil, que no solo exige escritura pública, sino además los siguientes requisitos: expresarse en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, y hacer constar que se acepta en la misma escritura de donación o en otra separada.

El TS mantiene líneas jurisprudenciales contrapuestas respecto a las donaciones disimuladas, tal como se explica en la STS 26 febrero 2007 (RJA 1769) mientras que en ocasiones se manifiesta a favor de la validez de la donación disimulada (SSTS 14 marzo 1995 (RJ 2430) y 2 de noviembre de 1999 (RJ 7999), entre muchas otras) en otras mantiene que la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del art. 633 CC, pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario (6 de abril de 2000 (RJ 2000, 1819), 16 de julio de 2004 (RJ 2004, 4379) y la propia 26 febrero 2007).

2.4. El acuerdo simulatorio y el contradocumento

El acuerdo simulatorio, dice Lacruz (1999), es la base de la simulación porque las partes han debido ponerse de acuerdo para manifestar la voluntad configuradora del contrato aparente o ficticio y, al mismo tiempo, dejar convenido que lo aparentado no obliga a nada (simulación absoluta) o que lo que han querido es un contrato diferente del simulado (simulación relativa).

Este acuerdo generalmente se hace constar en *documento privado*, llamado contradocumento o contradeclaración. Por ello ha de tenerse especialmente en cuenta lo que dispone el artículo 1.230 de nuestro Código Civil: «Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero». Si el contradocumento constase en escritura pública, se tendría en cuenta lo que establece el art. 1.219: «Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados solo producirán efectos contra tercero cuando el contenido de aquellas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero».

2.5. Ejercicio de la acción de simulación

2.5.1. Legitimación activa

Están *legitimados activamente* para ejercitar la acción de simulación no solo los mismos contratantes que la han causado y sus herederos, sino también los afectados por ella; es decir, los que sufren un perjuicio o dejan de tener un beneficio conforme a un derecho ya adquirido (LACRUZ, 1999).

2.5.2. Efectos

La acción fundada en la simulación de un contrato es una acción declarativa que puede dejar abierto el paso a algunas acciones complementarias de condena. En el supuesto de una simulación absoluta, la acción se dirigirá a obtener la declaración de que el contrato aparente no existe por falta de causa (art. 1.275 CC). Si la simulación es relativa, la acción se dirigirá, en primer lugar, a obtener la declaración de la falsedad del contrato aparente o simulado, y en segundo lugar, aunque simultáneamente, a la declaración de que existe otro contrato, oculto o disimulado, cuya validez o nulidad deberá quedar establecida en la sentencia (art. 1.276 CC).

En ambos supuestos también cabe solicitar que se condene al demandado a restituir las cosas al estado anterior a la simulación. Si bien en el caso de que se estimase la validez del contrato disimulado, la sentencia tendrá que declarar que se produzcan los efectos que le sean propios.

2.5.3 Plazo de prescripción

Para Puig Brutau (1986), como quiera que en la simulación absoluta solo se ha creado una apariencia y los autores precisamente han querido que no se modifique la situación real, la acción encaminada a que esta ocultación de la realidad desaparezca no puede prescribir, pues, como se dice, de la nada no puede surgir nada *(ex nihilo nihil)*, por lo tanto el régimen será el mismo que el de la nulidad: la acción será imprescriptible.

En el caso de simulación relativa, al existir otra realidad debajo de la simulada, el negocio disimulado o verdadero tiene existencia legal y le alcanzan por lo tanto las reglas sobre la prescripción extintiva. Aquellas reglas sobre la prescripción no afectan por el contrario al contrato aparente o simulado, cuya nulidad será imprescriptible, sino al verdadero y disimulado.

2.6. Prueba de la simulación

La carga de la prueba de la simulación incumbe al demandante (art. 217 LEC). En el caso de que este sea una de los partícipes de la simulación, si ambos contratantes han hecho constar la realidad del acuerdo simulatorio en un documento con la contradeclaración correspondiente, la prueba habrá quedado facilitada, incluso tratándose de un documento privado (art. 1.225 y ss. CC). Si solo existe la escritura pública de otorgamiento del contrato simulado, existirá la dificultad de desvirtuar la eficacia que atribuye a los documentos públicos el art. 1.218 CC. Pero, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, la fe notarial hace prueba (mientras no se haya desvirtuado por falsedad) de que los otorgantes hicieron las manifestaciones que constan en el documento, pero no de que ellas correspondan a la verdad (Lacruz, 1999).

Si falta la contradeclaración o la acción es ejercitada por terceros, será necesario acudir a los demás medios de prueba admitidos en Derecho.

3. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

3.1. Concepto

Etimológicamente la expresión fiducia proviene del latín y significa confianza. Los contratos fiduciarios son aquellos en los que uno de los contratantes, el fiduciante, realiza una atribución de una cosa o de un derecho a favor del otro (fiduciario), para que este utilice el derecho adquirido para una finalidad de garantía o de administración para la que en realidad no hace falta esta transmisión definitiva. Mediante el denominado pacto de fiducia, el adquirente, una vez cumplida dicha finalidad se obliga a retransmitir la cosa o derecho adquirido al enajenante o a un tercero (Puig Brutau, 1986).

La STS 5 marzo 2001 (RJA 3972) establece que: «el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación,

para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista».

El contrato fiduciario, según Roca Sastre, es el resultado de la combinación de dos negocios distintos, con una finalidad económica unitaria:

A) *Un negocio de transmisión plena del dominio,* eficaz *erga omnes* que supone la transferencia de la propiedad de una cosa o de un derecho.

B) *Un negocio obligacional*, impuesto al adquirente (*pactum fiduciae*) que obliga a este a comportarse en el fondo como un comisionista, mandatario, depositario, etc. y además quedando obligado a retransmitir al fiduciante o a otra persona la cosa adquirida y entre tanto a conservarla y custodiarla.

3.2. Regulación

El contrato fiduciario no aparece regulado en el Código Civil si bien la doctrina y la jurisprudencia reconocen su existencia al amparo del art. 1.255.

La STS 1 febrero 2002 (RJA 1586) establece que: «La jurisprudencia de esta Sala admite esta figura jurídica, que viene a ser un préstamo reforzado, como pacto emanado de la libre voluntad de los contratantes (artículo 1.255 del Código Civil)».

a) El pacto de fiducia con el acreedor no está específicamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, pero puede enmarcarse dentro del amplio criterio de libertad de contratación mantenido por el art. 1.255 del Código Civil.

b) Por ello ha de entenderse –en el caso de la fiducia *cum creditore*– que no se trata de un contrato ficticio, aparente o relativamente simulado, sino real y existente, y querido por las partes contratantes, que lo elaboran mediante un acto formal complejo, integrado por otros dos interdependientes de finalidad unitaria, uno de naturaleza real, por el que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional, que constriñe a la devolución de lo adquirido cuando la obligación crediticia que el primero asegura se haya saldado, constituyendo en su conjunto un contrato causal, conforme al art. 1.274 del Código mencionado, en el que la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligacional responde (en este sentido la doctrina mayoritaria STS, por todas, la 15 julio 2003 (RJA 4462).

3.3. La teoría del doble efecto

Hasta no hace muchos años la doctrina del TS había venido manteniendo la «teoría del doble efecto» de la fiducia (STS 25 mayo 1944) que suponía que el fiduciario se convertía en propietario de la cosa o derecho que se le había transmitido (efecto real) si bien con la obligación de restituir la propiedad al fiduciante una vez cumplida la finalidad para la cual le fueron entregados (efecto obligacional).

Ej. En el caso de una *fiducia cum creditore* el fiduciario se convertía en propietario si finalmente el fiduciante no cumplía la obligación garantizada.

Hoy en día aquella teoría ha sido suavizada en el sentido de que la titularidad que recibe el fiduciario es meramente formal, y en tránsito hacia el fiduciante. Es decir, que el fiduciario, si bien puede retener la cosa hasta que se alcance la finalidad pactada, no puede disponer de la cosa como dueño, y por lo tanto no la puede usucapir y responde frente al fiduciante de la restitución. Cumplida la finalidad prevista, el fiduciante tiene acción real frente al fiduciario para obtener la restitución (De Pablo Contreras, 2000).

La sts 17 septiembre 2003 (rja 6419) establece que: «El negocio fiduciario, a los efectos que interesan en este recurso, no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan (Sentencias de 15 de junio de 1999 [rja 4474], 17 de julio [rja 6860] y 5 de diciembre de 2001 [rja 9934], entre otras)».

3.4. Clases de negocios fiduciarios

Los negocios fiduciarios presentan dos modalidades:

a) La denominada *fiducia cum creditore*, responde al esquema de «fiducia-garantía» y se realiza en provecho del propio fiduciante, este por lo general transmite la propiedad de una cosa al fiduciario para garantizarle el pago de una deuda. Con la obligación de reintegrar la cosa (pacto de fiducia) una vez que la deuda garantizada haya sido pagada.

La sts 17 septiembre 2003 (rja 6419) se refiere a la finalidad de la fiducia *cumplimiento creditore* en los siguientes términos: «Se trata con ella de garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación mediante la puesta a su nombre de la titularidad de un bien, con la obligación de retransmitir la misma una vez satisfecha dicha obligación».

El supuesto de hecho habitual de la fiducia «cum creditore» es el siguiente: un prestamista particular (A) presta a otro (B) una determinada cantidad de dinero, pero a fin de asegurar la restitución de la cantidad por él prestada, se otorga escritura de compra sobre una finca de B a favor de A (prestamista), comprometiéndose este a otorgar a favor del Sr. B una segunda escritura de compraventa para que recupere (recompre) la finca una vez cancelada la deuda.

b) El otro supuesto es la denominada *fiducia cum amico* y responde al modelo «fiducia-gestión», consiste en un negocio de confianza que se contrae en beneficio ajeno. En este supuesto la transmisión del bien o derecho se efectúa con objeto de facilitar la actuación de quien obra por cuenta del que encarga una gestión. Una vez realizada la misión hay que dar cuenta de la gestión y entregar lo cobrado (Ruiz Serramalera, 1980).

La sts 27 febrero 2007 dice que en la *fiducia cum amico*: «la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclama por el fiduciante la propiedad de lo transmitido».

Ej.: El titular de una letra de cambio (fiduciante) se la endosa a otro (fiduciario) para que la cobre. El poseedor de unas acciones las cede a un experto para que intervenga en la junta general de accionistas. El dueño de un bien lo transmite a un agente para que pueda venderlo directamente. El dueño de un bien transmite su titularidad para evitar que lo confisquen. Se transmite un derecho de crédito para evitar la concesión de un poder de representación.

El caso de una madre arrendataria de vivienda de protección oficial (única que puede aprovechar la oferta por su condición de arrendataria) que la compra con dinero de uno de los hijos y a quien después transmite por compraventa la nuda propiedad (STS 7 mayo 2003 [RJA 3559]). Esta misma sentencia explica que: «el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal».

4. CONTRATOS INDIRECTOS

Según Puig Brutau (1986), el llamado contrato indirecto no es un tipo especial de contrato, sino la utilización de alguno de los contratos típicos conocidos con la intención de alcanzar un fin distinto del que le es peculiar. Las partes celebran un contrato típico, pero lo hacen para conseguir un resultado propio de otro contrato. Para Albaladejo, el contrato indirecto no es un contrato simulado, porque nada se finge ni oculta, ni tampoco debe confundirse con el contrato fiduciario, aunque es frecuente la afirmación de que estos son contratos indirectos.

Díez-Picazo y Gullón utiliza como ejemplo de negocios indirectos:

a) la donación indirecta, en la que las partes, sin seguir el esquema formal de la donación, pretenden con el negocio empleado alcanzar el mismo fin (empobrecimiento del patrimonio del donante y enriquecimiento del donatario). Para ello se utiliza la denominada compraventa de favor. Así, por ejemplo, la compraventa con precio amistoso, en la que se acepta por las partes el esquema legal de la compraventa (cambio de cosa por precio), pero concluido en condiciones tan favorables para una de las partes, que a través del contrato oneroso de compraventa se consigue el efecto de la donación.

Ej. Se vende un huerto de naranjos de una hectárea valorado en 50.000 € por solo 1.000 € o el caso contrario de que se compre una casita de campo por 60.000 €.

b) la llamada sociedad «de favor», en la que con el fin de que el dueño del capital se libere del principio de la responsabilidad universal (art. 1.911), se acude a la constitución de una sociedad en la que figuran como socios, amigos, parientes o personas de su confianza (*testaferros*).

c) el nombramiento de procurator *in rem suam*, en el que se utiliza el esquema legal del mandato en beneficio, no del mandante, sino del mandatario. Ej. En este caso el mandatario cobra una deuda del mandante, pero no para ingresarla en el patrimonio de este, sino para imputar su pago a la que el deudor (mandante) tiene contraída con él. Se evita así acudir a la figura de la cesión del crédito. Generalmente se acompaña ese mandato con un pacto de irrevocabilidad el mismo, y dispensa de rendir cuenta.

Ej. El mandante (A) encarga al mandatario (B), el cobro de una deuda que C mantiene con A; una vez cobrada se imputa al pago de otra deuda existente entre (A) y (B).

Para Lacruz (1999) en los llamados «negocios indirectos» no nos hallamos ante una falta de causa, (que hubiera significado la nulidad del contrato) sino ante una sustitución (total o parcial) de la misma. De tal forma que las reglas que se aplicarán al contrato en cuestión, dependerán, en cada caso, en lo no previsto por las partes, del resultado efectivamente perseguido.

En el contrato indirecto se ha de examinar si la alteración sufrida por los elementos del contrato típico adoptado para alcanzar el resultado secundario, permite eludir alguna norma imperativa de los contratos que naturalmente producen este otro efecto secundario. Si esto es así nos encontramos ante un fraude de ley, en cuyo caso de acuerdo con el art. 6.4 CC debe aplicarse la norma defraudada en cuestión (Lacruz, 1999).

5. CONTRATOS FRAUDULENTOS

El contrato en fraude a la ley –dice Puig Brutau (1986)– es una manifestación especial del fraude a la ley del art. 6.4 CC, que establece que: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

En el caso del contrato en fraude de ley se utiliza un tipo de contrato, o varios contratos combinados, para evitar la aplicación de normas dictadas para regular otro contrato, y precisamente aquel cuyo resultado las partes quieren alcanzar. En sustancia, se trata de hacer inaplicable en su letra una prohibición legal, recurriendo a un negocio jurídico o a una combinación de negocios que la ley en sí no reprueba, pero que reconducen al resultado prohibido o a un resultado práctico semejante. No se viola la letra de la ley, pero se ofende su espíritu.

No hay que confundir el fraude a la ley con la figura del fraude de acreedores, donde no persigue evitar la aplicación de una norma sino defraudar, engañar a la otra parte contractual, en este caso el perjudicado podrá ejercitar la acción rescisoria en fraude de acreedores.

La STS 31 octubre 2006 (RJA 7122) tiene como supuesto de hecho un contrato para la instalación de máquinas recreativas en local arrendado destinado a bar, tiene lugar el incumplimiento del titular arrendatario mediante el fraudulento subarriendo del local a su esposa a fin de obtener la retirada de las máquinas del bar por ser exigible un nuevo boletín de instalación al cambio de titular. El TS en este caso estima la existencia de fraude diciendo que este es «es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid [...] e implica en el fondo un acto contra legem por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura, de manera que requiere como elementos esenciales una serie de actos que pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley».

El fraude requiere la concurrencia de dos normas, «la de «cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de este y en forma fraudulenta se pretende eludir», de modo que «se reputa fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico. El efecto del fraude, por tanto, no es el que pretende el recurrente, ya que no produce la nulidad de los actos fraudulentos, sino la aplicación de la Ley que se ha tratado de eludir, de modo que solo serán nulos si son simulados o con causa ilícita, porque «la sanción del acto fraudulento es el sometimiento del mismo al imperio de la Ley defraudada», según dispone el artículo 6.4.

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Simulación

Albaladejo García, M.: «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», AC, nº 4, 1993, págs. 663-675.

2. Negocio fiduciario

De Castro, F.: «El negocio fiduciario: estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Vol. 2, *Centro de Estudios Registrales*, Barcelona-Madrid, 1997.
De los Mozos de los Mozos, J. L.: «Negocio fiduciario», *La Ley*, nº 4, 1986, págs. 1026-1034.
Fuenteseca, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Editor, 1997.
Jordano Barea: *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959.

Tema 16
Clases de contratos

1. CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

La bilateralidad o unilateralidad del contrato no se refiere al número de partes que intervienen en el mismo sino al de obligaciones que el contrato crea, así como a su estructura (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Desde este punto de vista, de acuerdo con los vínculos que producen, se clasifican en unilaterales y bilaterales.

a) Los contratos unilaterales solo originan obligaciones para una de las partes contratantes. Ej. En la donación, contrato unilateral por excelencia, el único obligado es el donante que tiene que entregar la cosa al donatario. En la compraventa, por el contrario surgen obligaciones para ambas partes: el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador, el precio.

Son unilaterales los *contratos reales* y los *gratuitos*, en los primeros como la entrega de la cosa es requisito indispensable para su perfección, de ahí que solo nazca obligación para quien recibe la cosa, de devolverla. En el caso de los *contratos gratuitos* la prestación que debe realizar una de las partes no es correspondida por la correlativa de la contraparte (Bercovitz y Valladares, 2004).

Son unilaterales la donación, el mandato gratuito, la fianza, el mutuo oneroso o gratuito, el comodato, el depósito y la renta vitalicia.

b) Los contratos bilaterales o sinalagmáticos[1] generan prestaciones recíprocas, o sea para ambas partes. Son bilaterales la gran mayoría de contratos, como la compraventa o el arrendamiento.

Señala Albaladejo (2002) que a los contratos bilaterales se les aplican reglas distintas a los unilaterales como son:

1) La posibilidad de solicitar la resolución del contrato por la parte que ha cumplido frente a la incumplidora (art. 1.124 cc).

2) La posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), cuando la parte que no ha cumplido con su obligación pretende el cumplimiento de la contraparte.

c) Otra categoría son los plurilaterales, si bien para un sector doctrinal constituyen una subespecie de los bilaterales, en los que las prestaciones de cada una de las partes no se conciertan para obtener la correlativa contraprestación de la otra, sino que están dirigidas a alcanzar un fin común. En estos contratos cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto a todos los demás (Ascarelli, 1949). Ej. En el contrato de sociedad las aportaciones de los socios están dirigidas a obtener un beneficio común.

2. CONTRATOS CONSENSUALES, REALES Y FORMALES

Desde el punto de vista de su perfección los contratos pueden ser consensuales, reales y formales.

a) Son contratos consensuales aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento, con independencia de la forma en que este se otorgue (arts. 1.254, 1.258 y 1.278 cc). Los contratos consensuales constituyen la regla general en nuestro ordenamiento jurídico. La compraventa es el paradigma de contrato consensual.

1. La expresión «sinalagma» proviene del griego y significa cambio (Mosset Iturraspe, 1992).

b) Los contratos reales para perfeccionarse, además del consentimiento, exigen la entrega de la cosa objeto del contrato (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En el Código nos encontramos con los siguientes contratos reales: el mutuo o simple préstamo (art. 1.753) y el comodato o préstamo de uso de una cosa (art. 1.740), el depósito (art. 1.758) y la prenda (art. 1.863).

La categoría de los contratos reales tiene su origen en Roma, donde una serie de contratos se formaba mediante una *datio rei, esta datio* (entrega) constituía los contratos de mutuo, comodato, depósito y prenda. A partir de ahí, la doctrina del Derecho común construyó la categoría de los derechos reales, que pasó al Code francés y de ahí a nuestro Código (Lacruz, 1999).

La sts 7 abril 2005 (rja 3485) al referirse al contrato de préstamo o mutuo establece que: «es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que solo se da en alguno grupos de contactos. Además, es un contrato unilateral en cuanto solo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario».

En otro sentido, también se dice que son contratos reales (en contraposición a los contratos con eficacia meramente obligacional) aquellos cuyo efecto consiste en la constitución, transmisión, modificación o extinción de un derecho real (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Desde ese punto de vista amplio también serían contratos reales (cuando se acompañan del modo o tradición) los denominados contratos traslativos del dominio: la compraventa, la donación y la permuta.

c) Los contratos formales, como categoría diferenciada de los consensuales y los reales, son aquellos que se caracterizan porque para su plena constitución y eficacia precisan que el consentimiento se manifieste de una forma especial establecida por la ley o por pacto (escritura pública, documento privado, etc.). Este requisito de forma se eleva a la condición de elemento esencial del contrato, de modo que su inobservancia supondrá la nulidad del contrato. Estos contratos son excepciones la regla general, ex arts. 1.258 y 1.278 cc, de perfección de los contratos por el simple consentimiento (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Son contratos formales: la hipoteca, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones de inmuebles, etc.

3. POR SU FINALIDAD LOS CONTRATOS PUEDEN SER ONEROSOS Y GRATUITOS

A) Contratos onerosos. De acuerdo con el art. 1.274, son onerosos aquellos contratos en los que hay un intercambio de prestaciones. En ellos a cambio de la propia prestación u obligación, la contraparte entrega o promete otra (Lacruz, 1999). En estos contratos el sacrificio patrimonial que realiza cada una de las partes se encuentra compensado o encuentra su equivalente en el correlativo sacrificio de la contraparte. Ej. En la compraventa, contrato oneroso por excelencia, el patrimonio del vendedor sufre una disminución como consecuencia de la entrega de la cosa vendida, este el empobrecimiento patrimonial, sin embargo, es compensado por la entrada en el mismo del precio percibido.

Los contratos onerosos se dividen en conmutativos y aleatorios:

Son *conmutativos*[2] aquellos en los que la relación de equivalencia de las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra fijada de antemano (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2. La expresión *conmutativos* proviene de que las partes intercambian o conmutan valores análogos (Borda, 1993).

Ej. En la compraventa las partes han predeterminado el precio y la cosa a entregar.

Son *aleatorios* (del latín *aleas*: suerte, azar) aquellos en los que la prestación de una de las partes no se encuentra predeterminada de antemano, puesto que depende de que tenga lugar o no un determinado evento, corriendo los contratantes con un riesgo de ganancia o pérdida. Son negocios aleatorios el *contrato de seguro, el juego y la apuesta y la renta vitalicia*.

B) Son contratos gratuitos o lucrativos aquellos en los que el beneficio obtenido por una de las partes no le exige acompañarlo por ningún sacrificio patrimonial (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En este tipo de contratos una de las partes se propone proporcionar al otro una ventaja patrimonial sin obtener a cambio equivalente alguno (Castán, 1992); de forma que una parte sufre un empobrecimiento que es correlativo con el enriquecimiento que experimenta la otra (López y López, 1994).

La donación es el prototipo de contrato lucrativo (art. 618 cc), otros contratos gratuitos son el mandato (art. 1.711-1º) el comodato (art. 1.470-2º); el simple préstamo sin interés (art. 1.740-3º) y el depósito gratuito (art. 1.760).

Los contratos a título gratuito pueden agruparse en dos categorías: la primera tiene por objeto la donación *inter vivos*, la cual lleva consigo un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario. La segunda está integrada por toda una serie de contratos que están presididos por un ánimo de liberalidad, pero en las que no se observa ninguna disminución patrimonial para el bienhechor; este es el caso del comodato, préstamo sin interés, la fianza, el depósito gratuito (Castán, 1992).

El art. 1.274, al enumerar las causas de los contratos, menciona junto a los contratos onerosos y de pura beneficencia (gratuitos) a los remuneratorios. Son contratos remuneratorios aquellos en los las partes consienten en que lo dado o prometido lo es en remuneración de un servicio o beneficio ya prestado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La donación remuneratoria a la que se refiere el artículo 619 cc realizada con el fin de recompensar al donatario por lo que esta proporcionó al donante sin contrapartida. La sts 29 julio 2005 (rja 6562) establece que: la donación remuneratoria se sitúa en la órbita de los gratuitos, pues cabe decir que si no hay liberalidad (o ánimo liberal) hay forzosamente onerosidad, en consideración a que si el servicio o beneficio diera lugar a deuda exigible, no cabría hablar de remuneración, sino de contraprestación y de carácter oneroso (art. 619 cc). Este precepto solo permite estimar una posición especial de este tipo de donaciones cuando el accipiens no puede reclamar, bien por carecer de acción, bien por haberla renunciado (ssts 21 enero 1993 [rja 481]; 9 de marzo de 1995 [rja 2779]). Se trata ya de una remuneración, ya de un reconocimiento, como ocurre cuando los servicios no son susceptibles de evaluación o se traducen en un beneficio mucho más importante que el esfuerzo realizado por el prestador.

Los contratos onerosos, por norma general, suelen ser bilaterales, y los gratuitos o lucrativos suelen ser unilaterales; no obstante esto no es siempre así, de forma que en el Código existen supuestos de contratos unilaterales onerosos, como sucede con el préstamo con interés o como la donación que impone una carga al donatario (Lacruz, 1999).

4. CONTRATOS DE TRACTO ÚNICO Y TRACTO SUCESIVO O CONTINUO

Son contratos de tracto único aquellos en que la ejecución es única o instantánea; lo comporta el cumplimiento de una sola vez (Castán, 1992). No obstante, estos contratos también admiten una ejecución diferida, si las partes acuerdan someterlos a plazo (Mosset de Iturraspe, 1992). Son contratos de tracto único la compraventa o de la permuta.

Son contratos de tracto sucesivo, o de cumplimiento continuado o periódico aquellos en los que la ejecución del mismo implica una cierta permanencia en el tiempo (Castán, 1992); la ejecución se distribuye o reitera en el tiempo. El tracto sucesivo puede comenzar con el perfeccionamiento del contrato o también puede diferirse en el tiempo sometiéndose a plazo (Mosset de Iturraspe, 1992). Son contratos de tracto sucesivo la renta vitalicia, el arrendamiento y el depósito.

5. CONTRATOS DE EJECUCIÓN INMEDIATA Y DIFERIDA

En relación al momento en el cual los contratos empiezan a producir sus efectos, cabe distinguir entre contratos de ejecución inmediata y diferida (Mosset de Iturraspe, 1992). Son contratos de ejecución inmediata o instantánea aquellos cuyos efectos se producen en el momento de su perfección.

Ej. Compraventa de gasolina en una estación de servicio.

Son contratos ejecución diferida aquellos en los que, por decisión de las partes, los efectos se producen con posterioridad al momento de su perfección. Para ello se utiliza el denominado *término o plazo* que es un elemento accesorio (elemento accidental) al negocio jurídico que indica el momento en el tiempo –*dies a quo*– a partir del cual empieza a producir efectos el contrato (término o plazo inicial) o se produce el fin de la eficacia del negocio (término final).

Ej. Compraventa a plazos de un automóvil.

6. CONTRATOS POR NEGOCIACIÓN Y POR ADHESIÓN

Son contratos por negociación o negociados aquellos que han sido convenidos a través de una negociación, mantenida en una posición de relativa igualdad entre los contratantes (Puig Brutau, 1986).

Son contratos de adhesión (o con *cláusulas predispuestas*), aquellos cuyo contenido ha sido redactado por una sola de las partes –el *predisponente*– (la parte contratante más fuerte), de tal modo que la otra –el *adherente*– no participa en la elaboración de las condiciones del contrato, no puede discutirlas. El contratante más débil no tiene otra alternativa que adherirse al contrato que se le presenta o no contratar (Puig Brutau, 1986).

El contrato de adhesión puede haber sido predeterminado para un solo contrato, o puede haber sido redactado para múltiples contratos; en este último supuesto, que es la norma general, nos encontramos ante el fenómeno denominado de condiciones generales de la contratación. Los contratos de adhesión son utilizados con frecuencia por las compañías de seguros, transportes, suministros de agua, gas y electricidad, bancos... y generalmente adoptan la forma de impresos, formularios, pólizas, etc.

En los contratos de adhesión quiebra el clásico concepto de contrato como resultado de un acuerdo de voluntades libremente pactado entre dos personas ya que una parte utiliza unilateralmente el proyecto y la otra, si quiere celebrarlo no tiene otra alternativa que aceptar el conjunto de condiciones que se le imponen.

Estos contratos son consecuencia de la denominada contratación en masa o en serie que a su vez es producto de la evolución social y económica. Este sistema de contratación proporciona a quienes lo utilizan una serie de *ventajas* como son la simplicidad y rapidez en la tramitación así como una mayor protección de los intereses de quienes los utilizan por tener unificados sus modelos de contratos. Entre los *inconvenientes*, está la redacción unilateral, ya que el predisponente puede fortalecer su posición contractual imponiendo a la otra parte cláusulas que pueden ser graves para el equilibrio contractual.

7. CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

Por su regulación legal los contratos pueden ser típicos o atípicos:

A) Los contratos típicos o *nominados* son aquellos que tienen individualidad propia y poseen regulación legal específica en el Código o en las leyes especiales.

Son contratos típicos, entre otros muchos, la compraventa (art. 1.445 y ss. cc), la donación (arts. 618 y ss. cc), el arrendamiento (arts. 1.542 y ss.).

El contrato, aún siendo típico y teniendo una regulación legal, también puede sufrir modificaciones o integraciones en su disciplina contractual, dentro del margen que permita la autonomía de la voluntad, o incluso el añadido de cláusulas propias de otro tipo contractual. Sin embargo, estas modificaciones introducidas por las partes no podrán traspasar el límite constituido por el respeto a la *causa* del contrato típico (Lacruz, 1999). En el caso de que las modificaciones se apartasen del esquema legal propio del contrato típico el contrato devendría atípico (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

B) Los contratos atípicos o *innominados*, son los que carecen de regulación legal y por consiguiente se rigen por las normas generales de la contratación (Castán, 1992). Son atípicos, aun cuando tengan un específico nombre jurídico tanto para la doctrina e incluso para la jurisprudencia, lo determinante para ser atípico es la carencia de regulación legal expresa, la falta de una disciplina normativa.

El contrato de *leasing* es un ejemplo de contrato atípico que, sin embargo, tiene una gran tipicidad social; numerosas son las sentencias que se refieren al mismo.

Los contratos atípicos son una manifestación de la autonomía de la voluntad (art. 1.255), en cuya virtud las partes no utilizan un esquema típico y su correspondiente regulación legal, sino que crean o inventan un nuevo tipo o esquema al que dotan de regulación (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Como ejemplos de contratos atípicos tenemos el corretaje, el precario, el de garaje, el de aparcamiento (antes de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos), el de aportación de solar a cambio de vivienda a construir, el *leasing*, *lease-back*, el contrato de patrocinio o *sponsor* (sts 30 abril 2002 [rja 4038]), el contrato de vitalicio (sts 1 julio 2003 [rja 4321]).

B.1. La creación de contratos atípicos. Los contratantes pueden utilizar las siguientes vías para crear contratos atípicos (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

a) Utilizando los esquemas existentes correspondientes a un contrato típico, si bien introducen nuevas prestaciones o pactos que los desnaturalizan, siendo utilizados para fines diversos a los previstos inicialmente por el legislador.

Este es el caso del contrato de permuta de suelo para construir, a cambio de superficie edificada. La STS 14 junio 2007 (RJA 3515) dice que «la jurisprudencia de esta Sala ha catalogado este tipo de contratos como atípicos, diferenciándolos, pese a la denominación que les hayan podido dar los contratantes, del contrato de permuta de bienes presentes». En la STS 8 marzo 2001, (RJA 3975) se dice que es un contrato atípico *do ut des*.

b) Combinando dos o más esquemas contractuales pertenecientes a contratos típicos. Estos serían los denominados contratos atípicos mixtos.

Ej. Este es el caso del contrato de leasing, del la STS 14 noviembre 2004 (RJA 2004,8038) dice: «ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial».

B.2. El régimen jurídico de los contratos atípicos. El contrato atípico una vez creado presenta el problema de su regulación legal. Según Díez-Picazo y Gullón (2001) el contrato atípico está regulado:

a) Por el art. 1.255 CC, tanto en lo relativo a la permisividad de su creación, como en lo referente a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, en especial las leyes imperativas y en concreto las normas generales de los contratos (arts. 1.261 a 1.277). Al aplicarse las normas general de la contratación, que tienen carácter imperativo, se está afirmando que los contratos atípicos han de tener la misma estructura básica –consentimiento, objeto y causa– (art. 1.261) que los contratos típicos.

b) El contrato atípico, igual que el contrato típico no solo está regulado por lo expresamente pactado por las partes (art. 1.091 CC), puesto que en lo no previsto por los contratantes el contrato también se regirá por aquellas consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258 CC).

El principal problema que plantea el contrato atípico en cuanto a su regulación, es cuando ha tomado prestado elementos propios de distintos contratos típicos. La doctrina ha intentado resolverlo elaborando tres teorías al respecto (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

a) *Teoría de la absorción*. Para esta teoría, también denominada de la preponderancia, hay que buscar el elemento preponderante y si se corresponde con el preponderante de un contrato típico se aplica su normativa.
b) *Teoría de la combinación.* Esta corriente doctrinal construye una propia normativa combinando la correspondiente a cada uno de los contratos típicos teniendo en cuenta el fin perseguido por los contratantes.
c) *Teoría de la aplicación analógica.* Esta teoría recomienda la aplicación analógica de la normativa del contrato típico más afín.

8. CONTRATOS COLIGADOS, CONEXOS O VINCULADOS

Se trata de aquellos supuestos en que se yuxtaponen varios contratos típicos, manteniendo cada uno de ellos su autonomía propia, con el fin de obtener mediante dicha unión, una finalidad práctica unitaria (Martínez de Aguirre). Nos encontraríamos con una diversidad de contratos en lo jurídico (varios contratos unidos) y unidad en lo económico (única operación económica).

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar varios supuestos de contratos vinculados: en primer lugar nos entramos con los arts. 14.1 y 15 de la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo; el art. 44.1 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante locm); el art. 9 de la Ley 28/1998 de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y el art. 12 de la Ley 42/1998 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles.

9. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

Es principal aquel contrato que no depende jurídicamente de otro contrato. Es accesorio cuando depende jurídicamente de otro, que es la razón de su existencia (Mosset de Iturraspe, 1992).

Son accesorios la fianza y los contratos de garantía como la hipoteca, la prenda y la anticresis.

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Contratos de adhesión

Ferrer, P.: «Contratos de adhesión. Contratos con condiciones predispuestas. Contratos con condiciones generales predispuestas», en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de Abril* (coord. S. Espiau Espiau), Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 143-154.

2. Contratos típicos

Gómez Taboada, J.: «Los contratos atípicos o innominados», rjn, nº 61, 2007, págs. 161-202.
Díaz-Ambrona Bardají, M. D.: «Los contratos atípicos», ac, nº 2, 1998, págs. 345-362.

3. Contratos conexos

López Frías, A.: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, 1994.

Tema 17
La protección del consumidor en el ámbito contractual

1. EL DERECHO DE CONSUMO

1.1. Concepto de Derecho de consumo

El Derecho del consumo tiene su razón de ser en la necesidad de defender a los particulares que adquieren bienes y servicios en el mercado puesto que los mecanismos tradicionales del Derechos civil y mercantil eran insuficientes para proteger al consumidor. Los principales problemas que se habían detectado para el consumidor eran los siguientes:

a) El desarrollo de la sociedad de consumo con el incremento de la publicidad a la que diariamente se ve sometido el particular tiene como consecuencia que este se transforme en adquirente casi sin darse cuenta de ello.

b) La imposibilidad de escapar a un compromiso que no hubiera sido asumido de manera consciente y reflexiva (por ej. quien firma un contrato de compraventa de una enciclopedia a un representante de venta directa) puesto que el adquirente no puede invocar el dolo porque los engaños comerciales constituyen *dolus bonus* que no permiten que el contrato sea impugnado.

c) La complejidad de los condicionamientos para ejercitar una acción judicial son de tal naturaleza que disuaden a muchos consumidores de acudir a los Tribunales. Por ejemplo, difícilmente acudirá a juicio quien ha comprado por 12 € una pulsera antirreumática que no le ha curado la enfermedad tal y como le prometió el comerciante.

1.2. Fuentes legales del Derecho de consumo

Tras el ingreso de España en la Unión Europea, en materia de consumo se ha establecido un triple nivel de competencias que se distribuye entre la UE, el Estado y las Comunidades Autónomas.

a) Derecho comunitario. La CEE, hoy Unión Europea (UE), puso en marcha una política jurídica de protección a los consumidores que nació con el *Programa Preliminar para una política de protección e información de los consumidores* (1975).

La protección de los consumidores ha sido incluida tanto en los Tratados Constitutivos de la UE como Política Comunitaria. El instrumento jurídico empleado con mayor profusión por la UE ha sido la Directiva, hasta el punto de que su elevado número permite hablar de un corpus de Derecho comunitario (Martínez de Aguirre, 2000).

b) Derecho estatal. En nuestro país el hito más importante en materia de consumo lo constituyó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU/1984), que actualmente ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLCU). La derogada LCU/1984 constituía es un desarrollo legislativo del art. 51-1º CE que establece que: «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

Tras la aprobación del TRLCU/2007, las leyes de consumo más relevantes son:

la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad; Real Decreto 515/1989, de 21 de abril sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la Información a Suministrar en la Compraventa y Arrendamiento de Viviendas; Ley 7/1995 de Créditos al Consumo, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación; Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; la Ley 42/1998 de Aprovechamiento por Turnos de Inmuebles de Uso Turístico, y Normas Tributarias; Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; Ley 39/2002, de 28 de octubre, de Transposición al Ordenamiento Jurídico Español de Diversas Directivas Comunitarias en Materia de Protección de los Intereses de los Consumidores y Usuarios; Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos; Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios; Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores; Ley 43/2007, de 13 diciembre, Ley de Protección de Consumidores en Contratación de Bienes con Restitución de Precio y Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

c) Derecho autonómico. En cuanto a las CCAA, hay que tener en cuenta que en los arts. 148 y 149 CE no se menciona para nada el Derecho de consumo, por lo tanto se trata de una competencia residual atribuible a las mismas. Lo anterior no ha impedido que se hayan promulgado leyes de protección a los consumidores en la mayoría de las CCAA. Hasta ahora han promulgado leyes de protección de los consumidores: Andalucía, Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, la Comunidad Valenciana (Ley 2/87 de 9-4 del Estatuto de Consumidores y Usuarios), Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Madrid (Ley de Protección de los Consumidores (L 11 /1998 de 9 jul.), Murcia y País Vasco.

El influjo de todas estas leyes autonómicas sobre el Derecho civil estatal ha sido más bien escaso (Martínez de Aguirre, 2000).

2. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

2.1. Estructura del Texto Refundido

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, tiene su origen en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que le habilitaba al Gobierno para proceder a dicha refundición en el plazo de 12 meses.

El Texto refunde y, consecuentemente, deroga la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 26/1991, sobre Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles, la Ley 22/1994, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos

Defectuosos, la Ley 21/1995, reguladora de los Viajes Combinados, la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, así como algunos artículos de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (arts. 48 y 65.1.n) y ñ), y disp. Adic. 1ª).

El Texto Refundido consta de 165 artículos, repartidos en cuatro Libros, 3 disposiciones transitorias y 2 disposiciones finales. El Libro I se ocupa del ámbito de aplicación y de los derechos básicos de los consumidores y usuarios. En primer lugar se ocupa de la protección de la salud y seguridad, del derecho de formación y educación, y de la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios (Título I); del derecho de representación, consulta y participación, y régimen jurídico de las asociaciones de los consumidores y usuarios (Título II), de la cooperación institucional, en la que se atribuye un papel principal a la Conferencia Sectorial de Consumo, integrada por el Ministro de Sanidad y Consumo y los consejeros competentes en esta materia de las comunidades autónomas (Título III), de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas competentes (Título IV), de las acciones de cesación, y del Sistema Arbitral de Consumo (Título V).

El Libro II regula los contratos y garantías. El Título I se ocupa de las disposiciones generales sobre los contratos de los consumidores y usuarios, así como del derecho de desistimiento que les asiste. El Título II se dedica a las condiciones generales y cláusulas abusivas. El Título III y el Título IV tratan respectivamente de los contratos celebrados a distancia (cuya regulación general para los contratos que no sean con consumidores y usuarios sigue vigente en los artículos 38 y siguientes de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista) y de los contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales. El Título V trata de las garantías y servicios posventa.

El Libro III, que se extiende hasta el artículo 149, está dedicado a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos. Finalmente el Libro IV regula los viajes combinados.

El texto aprobado implica una reordenación sistemática de las normas legales en cuestión, así como una redacción presididas por la claridad y el rigor técnico. Todo ello contribuirá a una mejora de nuestro ordenamiento en materia de protección de los consumidores (Bercovitz). Cabe deducir una voluntad del legislador por desligar los contratos de consumo de su naturaleza de contratos, del hecho que los artículos 59 y 142 cuando remiten respectivamente a la aplicación supletoria de las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles, así como a la regulación que deriva de la legislación civil y mercantil para determinar los daños materiales en el propio producto defectuoso (Bercovitz y Valladares, 2004).

2.2. El concepto de consumidor

En el art. 3 (trlcu) queda delimitado *subjetivamente* el ámbito de protección de esta ley al establecer que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que «actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

La definición legal de usuarios y consumidores no excluye a profesionales y empresarios cuando cumplan el requisito de ser destinatarios finales de la prestación contemplada en el contrato (Castán, 1992). Ej. Un ciudadano será considerado consumidor cuando efectúe una reclamación contra un taller de reparaciones de automóviles por una reparación en su coche particular; sin embargo, ese mismo individuo no tendrá la consideración de usuario o consumidor cuando la reclamación se refiera al vehículo que utiliza como transporte en su negocio.

En todo caso la defensa de consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los arts. 38 (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado) y 128 de la ce.

2.3. Objetivos de la legislación de consumo

Los objetivos de la legislación de consumo aparecen fijados en el Preámbulo de la derogada LCU/1984 y son los siguientes:

1º Establecer sobre bases firmes y directas los procedimientos eficaces para la defensa de consumidores y usuarios.
2º Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en ese campo
3º Declarar los principios, criterios obligaciones y derechos que configuran la defensa de consumidores y usuarios [...].

En el caso de concurrencia de normas de Derecho de consumo y de legislación civil o mercantil, se aplicarán con preferencia la primeras en virtud de la disposición derogatoria tácita ex art. 2.2 CC cuando se produzca una contradicción o colisión de normas (Castán, 1992). También, se aplican preferentemente por el principio de la especialidad.

3. INCIDENCIA DE LAS NORMAS DE CONSUMO EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES

El influjo del Derecho de consumo ha efectuado sobre nuestro ordenamiento jurídico privado puede resumirse en los siguientes puntos:

1. Modificación del principio de autonomía de la voluntad. Puesto que se ha desarrollado el principio de defensa de usuarios y consumidores, que deberá ser considerado como un *principio general del Derecho* que limita el principio de la autonomía de la voluntad mediante la técnica de corregir sus excesos (Castán, 1992). Si el art. 1.255 CC da por supuesto que las partes contratos pactan en condiciones de idéntica igualdad, el TRCU parte de una hipótesis opuesta. En su art. 8, al enumerar los «derechos básicos de los consumidores y usuarios» se incluye, en el apartado f) la protección de sus derechos mediante «mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión».

   La mayoría de los contratos de consumo son contratos de adhesión, de ahí que para evitar el abuso frente a los consumidores, en este ámbito se haya impuesto como principio rector la consecución del justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Esto ha conducido a que el legislador haya regulado tanto *condiciones generales de los contratos*, así como las *cláusulas abusivas.* Este esfuerzo legislativo ha dado lugar al art. 3 LCS, así como las previsiones de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Martínez de Aguirre, 2000). El TRCU establece un especial régimen de protección frente a las cláusulas abusivas en sus arts. 82 a 91.

2. La libertad de forma de los contratos. Frente al principio de forma del CC (art. 1.278), el TRLCU parece estar pensando en un contrato por escrito. Así resulta del art. 63 del TRLCU cuando se exige la entrega de «recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando estas sean utilizadas en la contratación». En el art. 64 se exige, en el caso de las primeras transmisiones de vivienda que se facilite «además la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación».

La forma escrita viene siendo exigida en multitud de preceptos del Texto Refundido, aunque no solo para la redacción de contratos, así en el art. 58 para la sumisión al Sistema Arbitral de Consumo; en el art. 69 para informar sobre el derecho de desistimiento; el art. 80 la establece como requisito de las cláusulas no negociadas individualmente; el art. 98.2 exige la forma escrita de la información precontractual en los contratos celebrados a distancia; el art. 111 la exige para la formalización de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; el art. 125 para la garantía comercial adicional; el art. 152 para el programa y oferta de los viajes combinados, el art. 154 para los viajes combinado, el 155 para la cesión de la reserva de este tipo de contratos.

3. Plazo unilateral de desistimiento. En el Libro II, se establece todo un Capítulo II, dedicado al «derecho de desistimiento». Se habla de una temporización en la formación del contrato que opera imponiendo un plazo de revocación desde la fecha de celebración del contrato. De esta forma el legislador pretende defender al consumidor frente a técnicas agresivas de marketing. En el art. 68,1 se define como «la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase». Este derecho se garantiza con las sanción de nulidad para «las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento» (art. 68.1 *in fine*). El plazo general para el ejercicio del derecho de desistimiento es de 7 días (art. 71 TRLCU).

   En otras leyes de consumo se establecen similares plazos. Este es el caso del art. 44 (LOCM), de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (7 días); el art. 9 (LVP) Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (7 días); el art. 10 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias (10 días) y el art. 4 del RD 1906/1999 sobre la Contratación Telefónica o Electrónica con Condiciones Generales (7 días).

4. El contenido del contrato se ve afectado bajo diversos aspectos, y así el contenido de la publicidad será exigible por los consumidores o usuarios aun cuando no figure expresamente en el contrato (art. 61.2 TRLCU). Así, en ocasiones el TS ha condenado a constructoras en cuyos folletos de propaganda aparecían fotografías con piscinas para los apartamentos, aunque luego no se hacía ninguna mención a las mismas en el contrato.

5. Cierto número de contratos en particular ve afectada su regulación por la legislación de consumidores, al establecer medidas para la protección de la salud y seguridad de consumidores y usuarios. Este es el caso de las prohibiciones del art. 13 TRLCU. Entre las que destacamos las del apartado *c*) en que se establece la prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos «sin perjuicio del reparto, distribución o suministro de los adquiridos o encargados por los consumidores y usuarios en establecimientos comerciales autorizados para venta al público, y del régimen de autorización de ventas directas a domicilio que vengan siendo tradicionalmente practicadas en determinadas zonas del territorio nacional».

6. Se establece un sistema de responsabilidad por daños por los defectos en los productos (arts. 135 a 146), así como un régimen de responsabilidad por los daños causados por otros bienes y servicios (arts. 147 a 149 TRLCU) que vienen a invertir el sistema de la responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil. Asimismo, se establece un sistema de garantía sobre los productos de consumo que también se aparta del régimen de las acciones edilicias del CC (arts. 114 a 124 TRLCU).

7. En materia de interpretación de los contratos de consumo se establecen la regla de interpretación más favorable a los consumidores –interpretación subjetiva– de las cláusulas de los contratos celebrados por estos (Lacruz, 1999). En el caso de cláusulas no negociadas individualmente será de aplicación el art. 80.2 trlcu establece que: «2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor». En el caso de cláusulas que tengan el carácter de condición general, el art. 6 lcg «las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales».

8. El Texto Refundido en el Libro II, Título II, dedica todo el Capítulo II a establecer el régimen de las «cláusulas abusivas». Se establece el concepto de condición abusiva en el art. 82:

> 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.
> 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba [...]
> 4. En todo caso son abusivas las cláusulas que [...]:
> *a*) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
> *b*) limiten los derechos del consumidor y usuario,
> *c*) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
> *d*) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
> *e*) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
> *f*) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

En el art. 83 trlcu se establece la nulidad de las cláusulas abusivas. En los arts. 85 a 90 se establece los que la doctrina ha denominado como «cláusulas abusivas nominadas», que consiste en listados no exhaustivos de cláusulas abusivas (Lacruz, 1999).

4. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

4.1. Concepto

Una variante de los contratos de adhesión son las llamadas *condiciones generales de la contratación*. Según De Castro (1987): «se designan como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de todos los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar». Las condiciones generales eliminan *a priori* los tratos previos entre las partes; una de las partes se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto (en ocasiones ni tan siquiera se entregan junto al contrato que regulan); las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes (De Castro, 1987).

Las condiciones generales de la contratación son una manifestación de la contratación en masa; suelen utilizarse preferentemente en la contratación bancaria (apertura de cuenta corriente bancaria, créditos, etc.) en las pólizas de contratos de seguro, en los contratos de suministros de energía (gas, agua, electricidad), telefonía, etc.

Las condiciones generales en el tráfico jurídico tradicionalmente han adoptado varias modalidades (Castán, 1992):

1. Pueden estar insertas en el impreso o formulario que sirve de oferta de contrato. En los contratos antes mencionados encontramos dos partes diferenciadas: una que contiene las condiciones particulares y otra en la que aparecen las generales.

   Son *condiciones particulares o especiales* aquellas que se formulan para cada contrato singular y por lo tanto variables de uno a otro (Lacruz, 1999). Ej. En las pólizas de seguro de automóvil, en las *condiciones particulares* el asegurado tiene un pequeño margen para configurar su contrato puesto que puede elegir entre una serie de prestaciones que le ofrece la compañía aseguradora (seguro a todo riesgo o con cobertura de daño a terceros, de rotura de vidrios, de robo, etc.).

   Las *condiciones generales*, que figuran en otro apartado del contrato, se aplican para regular todos los contratos que una misma empresa realiza con todos sus clientes. Estas condiciones aparecen redactas mediante impreso, son iguales para todos los contratos y en ellas la participación del cliente es nula, se limita a una mera adhesión.

   En una misma póliza de seguro encontraremos dos apartados, en el primero figurarán las condiciones particulares, en las que la aseguradora concede un pequeño margen para que el cliente opte entre una serie de cláusulas que le ofrece la compañía, y a continuación se encuentran las cláusulas generales que son iguales para todos los clientes y que le se imponen globalmente.

2. Otras veces el formulario solo contiene un extracto de las condiciones generales o una referencia indicando que la oferta se hace con base a ellas.

3. Finalmente, en otras ocasiones la contratación se realiza sin otorgar documento y las condiciones se dan a conocer al público en anuncios expuestos en un determinado local o señalando que quien desee consultarlos tiene a su disposición la reglamentación que regula el contrato de cuya celebración se trate.

Las condiciones generales se encuentran reguladas por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (lcg). Hasta la promulgación de la misma no se encontraban reguladas por el Código Civil ni tan siquiera para el Código de Comercio, si bien eran admitidas por la doctrina y jurisprudencia. Solo había referencias a las mismas en leyes especiales como la Ley de Contrato de Seguro de 1980 (art. 3) y en la derogada lcu (art. 10).

4.2. La Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación

La Ley 7/1998 es consecuencia de la transposición de la Directiva 93/13/cee del consejo de 1993, sobre *cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, así como la *regulación de las condiciones generales de la contratación.* La incorporación de la directiva citada se ha efectuado mediante la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que al mismo

tiempo modificó el marco jurídico preexistente de protección al consumidor constituido por la derogada LCU. La ley no solo protege a los legítimos intereses de los consumidores y usuarios cuando contratan con profesionales, sino también los de cualquier profesional que contrate con otro que utilice condiciones generales en su actividad contractual (Exposición de Motivos).

4.3. Concepto legal de condición general

La Ley se estructura en siete capítulos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El Capítulo I, relativo a «Disposiciones generales», recoge siguiente concepto de condición general de la contratación:

> 1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.
> 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Es de destacar que el precepto reconoce implícitamente al empresario el poder de dictar sus condiciones a la otra parte contractual, consumidor o adherente, si bien estas están sometidas al imperio de la Ley, que podrá tenerlas por nulas y no incorporadas al contrato si van en perjuicio del adherente (LACRUZ, 1999).

4.4. Ámbito de aplicación de la Ley

La Ley 7/1998 tiene carácter imperativo, como se deduce de su art. 8 que utiliza la expresión «cualquier otra norma imperativa» (LACRUZ, 1999).

a) *Ámbito subjetivo de aplicación.* El art. 2 establece que la LG será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebradas entre un profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente. Entendiéndose por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. Asimismo el adherente también podrá ser un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.
b) *Ámbito objetivo.* La ley se aplicará a los contratos que tengan condiciones generales, tanto a los contratos sometidos a la legislación española como a aquellos contratos que aun sometidos a la legislación extranjera, la adhesión se ha realizado en España por quien tiene en su territorio la residencia o domicilio
c) *Contratos excluidos.* No se aplica la ley ciertos contratos como son los administrativos, los de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulen relaciones familiares y los sucesorios (art. 4.1).

4.5. Requisitos de las cláusulas generales

La Ley regula los requisitos para que la incorporación de una cláusula general se considere ajustada a Derecho, según el art. 5 LCGC serán los siguientes:

> 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.
> No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Lo anterior supone que para la validez de la condiciones generales se exige la aceptación expresa del adherente, para lo cual no podrá entenderse si «el predisponente no haya informado previamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas» (art. 5.1).

En los casos en que el contrato no deba formalizarse por escrito o en el caso de contratación telefónica o electrónica, se establecen medidas para que el adherente tenga posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (art. 5.3 y 4).

En cuanto a las reglas para su interpretación, hay que estar a lo establecido por el art. 6 LCGC:

> 1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán estas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.
> 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales.
> 3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos.

4.6. La nulidad de las cláusulas generales

El art. 8 LCG sanciona con la nulidad «las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Además, se establece la nulidad de aquellas que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 82 del TRLCU y las incluidas en los listados de los arts. 85 a 90 TRLCU (si bien el original de la ley la referencia se hace a la derogada LCU).

Esta acción de nulidad tiene carácter individual y es diferente a las acciones de colectivas de cesación o retractación reconocidas por el artículo 12 y siguientes de la LCG con carácter general a ciertas entidades y corporaciones (Lacruz, 1999).

El efecto de la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el cual debe pronunciarse la sentencia (art. 10.1 LCG).

4.7. El registro de condiciones generales

En el Capítulo III, la Ley crea un registro de condiciones generales de la contratación, se trata de un registro, regulado por el Misterio de Justicia, aprovechando la estructura de los Registros de la Propiedad y Mercantiles. El Real Decreto 1828/1999, de 3 diciembre aprobó el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Las funciones calificadoras de los registradores nunca se extenderán a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas. Serán competencia del Registrador las funciones encaminadas a la práctica de las *anotaciones preventivas* reguladas en la Ley, a la *inscripción de las resoluciones judiciales* y a la *publicidad de las cláusulas* en los términos en que resulten de los correspondientes asientos.

La inscripción en este registro se configura como voluntaria, si bien está legitimada para solicitar su inscripción cualquier persona o entidad interesada, como fórmula para permitir la posibilidad efectiva de un conocimiento de las condiciones generales. El Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia podrá imponer la inscripción obligatoria a determinados sectores específicos de la contratación.

El carácter jurídico de este registro deriva de los efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas, así como del cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas, además del dictamen de conciliación que tendrá que emitir su titular. El Registro de Condiciones Generales va a posibilitar el ejercicio de las acciones colectivas y a coordinar la actuación judicial, permitiendo que esta sea uniforme y no se produzca una multiplicidad de procesos sobre la misma materia descoordinados y sin posibilidad de acumulación.

4.8. Las acciones colectivas

El Capítulo IV de la LCG regula las acciones colectivas encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la Ley. Entre estas se encuentran la acción de cesación, dirigida a impedir la utilización de tales condiciones generales; la de retractación, dirigida a prohibir y a retractarse de su recomendación, siempre que en algún momento hayan sido efectivamente utilizadas, y que permitirá actuar no solo frente al predisponente que utilice condiciones generales nulas, sino también frente a las organizaciones que las recomiendan, y la declarativa, dirigida a reconocer su cualidad de condición general e instar la inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar las acciones individuales de nulidad conforme a las reglas comunes del Código Civil o la de no incorporación de determinadas cláusulas generales.

La Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan solo corresponden jueces y tribunales, sin perjuicio de la publicidad registral de las resoluciones judiciales relativas a aquellas a través del Registro regulado en el Capítulo III y del deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas.

La LCG, en el Capítulo IV, regula la legitimación activa para la interposición de las acciones colectivas, incluyendo entre las entidades legitimadas a las asociaciones de consumidores y usuarios. También regula la legitimación pasiva, el plazo de prescripción (dos años desde la inscripción de las condiciones generales) las reglas de su tramitación y la eficacia de las sentencias, que podrán ser no solo invocadas en otros procedimientos sino que directamente vincularán al juez en otros procedimientos dirigidos a obtener la nulidad contractual de cláusulas idénticas utilizadas por el mismo predisponente.

El Capítulo V regula la publicidad, por decisión judicial, de las sentencias de cesación o retractación (aunque limitando la publicidad al fallo y a las cláusulas afectadas para no encarecer el proceso) y su necesaria inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

El Capítulo VI regula la obligación profesional de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en orden al cumplimiento de esta Ley, así como de los Corredores de Comercio en el ámbito de sus respectivas competencias.

Finalmente, el Capítulo VII regula el régimen sancionador por el incumplimiento de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, en particular la persistencia en la utilización o recomendación de cláusulas generales nulas.

4.9. Incidencia de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sobre la LGDCU

La disposición adicional primera de la LCG provocó modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que han sido mantenidas en el vigente Texto Refundido.

La LCG introdujo la definición de cláusula abusiva, añadiendo un artículo 10 bis a la Ley 26/1984, que con ligeras variaciones ahora se mantiene en el art. 82.1 TRLCU. Asimismo, añadió una disposición adicional primera a la LGDCU en la que se hace una enumeración enunciativa de las cláusulas abusivas, extraídas en sus líneas generales de la Directiva, pero añadiendo también aquellas otras que aún sin estar previstas en ella se estima necesario que estén incluidas en el Derecho español por su carácter claramente abusivo. Este listado de cláusulas ahora se recoge en los arts. 85 a 90 TRLCU.

Las cláusulas contractuales en el ámbito de los consumidores, cuando se han negociado individualmente se regularán por el TRLCU (por tanto también los contratos de adhesión con condiciones particulares) lo cual no impide que cuando tengan el carácter de condiciones generales se rijan también por los preceptos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

4.10. Diferencias entre cláusulas abusivas y generales

Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.

a) Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

b) Las condiciones generales se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores. En todos los casos, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o –en ciertos casos de contratación no escrita– exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas

para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, en todos aquellos casos en los que no ha existido negociación individual de la cláusula.

c) El listado de cláusulas contractuales abusivas recogidas en el TRLCU, artículos solo se aplica cuando exista un consumidor frente a un profesional, nunca se aplicarán en las relaciones entre profesionales.

5. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

5.1. Introducción

Uno de los grandes canales de comunicación del siglo XX lo ha constituido Internet, a su vez una de sus consecuencias ha sido el nacimiento del denominado Comercio Electrónico. Una de las características de la contratación electrónica es la falta de presencia física simultánea de las partes no tienen en el momento en que se realiza la contratación.

Las principales ventajas esta nueva modalidad de contratación son la reducción de gastos en las transacciones, por la desaparición de buena parte de los intermediarios; la eliminación de errores en el ordenamiento, abastecimiento, pedidos; la mayor celeridad en la realización de las transacciones (López de Lemus, 2005) y la comodidad derivada de poder adquirir un bien sin tener que desplazarse así como la facilidad y rapidez para adquirir información relativa a los productos y servicios que se quieren adquirir (Pérez Conesa, 2001).

El inconveniente de esta nueva modalidad contractual es la falta de seguridad jurídica, lo que genera una falta de confianza por los usuarios. El origen de la desconfianza se encuentre en la falta de una información completa y transparente, la recepción del producto sin los documentos necesarios, los problemas relacionados con la entrega, con el inconveniente de tener que reclamar el producto o la devolución del dinero, la práctica de efectuar el cargo en la cuenta antes de la recepción del producto cuando se opta por el pago mediante tarjeta de crédito, y el descuento de los gastos de envío al solicitar la devolución del importe pagado (Pérez Conesa, 2001).

5.2. El Derecho del comercio electrónico

Los problemas legales que origina Internet han dado lugar a un nuevo campo del Derecho, denominado por la doctrina «Derecho del comercio electrónico». Se trata de un sector orientado a estudiar y regular las nuevas formas documentales y sus consecuencias en el mundo jurídico, llegando a contar incluso con principios propios. No puede decirse que se trate de una rama autónoma del Derecho sino de un campo de estudio especial dentro del mismo. El Derecho del Comercio Electrónico se encarga de estudiar la forma de aplicación de las normas del Derecho tradicional (civil, mercantil, procesal, internacional, constitucional, penal, tributario) a las relaciones surgidas de este nuevo entorno, con las particularidades y problemas que suscita la intangibilidad de los documentos, la distancia y ubicación de las partes y el nacimiento de signos identificativos entre otros (Rico Carrillo, 2005).

5.3. Regulación del comercio electrónico

La Unión Europea, con la finalidad de proteger los intereses afectados y dotar de seguridad a la contratación telemática, dictó varias directivas para regular la problemática de este tipo de contratación. Así las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo: 2000/31/CE, de 8 de junio, y 1999/93/CE de 13 de diciembre que regulan, la primera, algunos aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior y la segunda, el marco comunitario para la firma electrónica. Ambas se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico como la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico y la Ley 59/2003 de Firma Electrónica.

Al comercio electrónico también le es de aplicación el TRLCU, en particular lo dispuesto en Libro II, Título III, sobre «Contratos celebrados a distancia». Puesto que la contratación telemática no solo encaja en el concepto de contrato celebrados a distancia que se establece que en el art. 92.1 sino que además en su apartado 2º se mencionan dentro de las técnicas de comunicación a distancia al «videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico».

5.4. Los principios rectores del comercio electrónico

El Derecho del comercio electrónico dispone de un conjunto de principios propios que han sido formulados con el objeto de facilitar el desarrollo legal y la armonización del comercio electrónico, dada su trascendencia en el ámbito internacional. Se trata de una serie de reglas básicas de aplicación general consideradas como esenciales para el correcto funcionamiento de esta nueva disciplina (Rico Carrillo, 2005). Podemos distinguir los siguientes:

5.4.1. La equivalencia funcional

Este principio supone que los efectos que produce un documento contenido en un soporte de papel, con la firma autógrafa de su emisor, los producirá su homólogo en soporte informático, firmado electrónicamente. La equivalencia funcional permite aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, de modo que los efectos jurídicos deseados por el emisor se producirán con independencia del soporte donde conste la declaración (Rico Carrillo, 2005).

Este principio lo encontramos en el art. 23.3 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) que establece: «siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, ese requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico». Asimismo en el art. 3.4 de la Ley 59/2003 sobre firma electrónica, si bien referido a la firma electrónica, al establecer que: «La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel».

5.4.2. La neutralidad tecnológica

Este principio se basa en el respecto al uso de cualquier tecnología que se utilice o pueda utilizar en el futuro a efectos de transmitir un mensaje de datos o insertar una firma electrónica, por tanto implica no favorecer unas tecnologías sobre otros con la finalidad de evitar posibles obsolescencias legales (Rico Carrillo, 2005).

5.4.3. La inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos

Según este principio, los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse cuando el contrato se perfecciona por vía electrónica, ya que se trata solo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial.

En este sentido el art. 2 de la Ley 59/2003 establece que: «2. Las disposiciones contenidas en esta Ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten».

5.4.4. La buena fe

La buena fe tiene una singular importancia en el ámbito del comercio electrónico debido al desconocimiento en el uno y funcionamiento de esta nueva forma de comerciar. Por lo tanto este principio se ha de respetar en grado superior mientras las circunstancias del parcial desconocimiento y desconfianza persistan (Illescas Ortiz, 2001).

5.4.5. La libertad contractual

El fundamento de la autonomía de la voluntad supone entre otros la libertad de las partes a la hora de elegir la forma de realizar sus transacciones. De modo que serán las partes las que decidirán cómo llevar a cabo sus relaciones contractuales. La doctrina ha destacado cuatro excepciones a la libertad de pacto: la confidencialidad de los datos de carácter personal, la responsabilidad de las partes, la libertad de establecimiento como prestador de servicios de certificación en materia electrónica y la referente al reconocimiento nacional de las firmas certificadas (Illescas Ortiz, 2001).

5.5. La firma electrónica

Un aspecto de singular relevancia en el comercio electrónico es el de la seguridad de todo lo que se manda y recibe por medio electrónico vía Internet. Esta es la razón de ser de las leyes sobre la firma electrónica; son pioneras en este campo legislativo las leyes de Alemania e Italia y en tercer lugar España.

5.5.1. La firma electrónica

La firma electrónica permite garantizar la identidad de la persona que realiza una gestión, así como la integridad del contenido de los mensajes que envía, de este modo se soluciona el problema de la credibilidad de lo que se envía y se recibe. La firma electrónica consiste en un conjunto de datos, códigos o claves basados en la criptografía moderna, todas estas claves son privadas, van asociadas a un documento electrónico (es decir bajo soporte disquete o disco duro de ordenador, no sobre papel) y permiten identificar a su autor. Como se ve, el objetivo es hacer seguro el flujo comercial y documental por vía Internet.

5.5.2. Utilización de la firma electrónica

Lo primero es contar con un ordenador conectado a Internet y un dispositivo de lector de tarjetas de firma electrónica. El segundo paso será acudir a un agente de certificación, el cual creará nuestras claves pública y privada. Se entrega en tarjeta o disquete con solo la clave privada y el programa para su uso. Después ya se puede enviar un documento electrónico con nuestra firma y el certificado del prestador que avala la identidad.

5.5.3. Regulación jurídica

Todo ello fue regulado en nuestro ordenamiento por el Real Decreto-Ley 14/1999, sobre la Firma Electrónica. Que ha sido modificado por la Ley 53/2003 sobre Firma Electrónica. Esta norma jurídica lo que busca es equiparar la firma electrónica a la firma manuscrita u hológrafa debiendo ser aceptado en un tribunal de justicia el documento electrónico con firme electrónica en igualdad de condiciones a la firma manuscrita.

5.5.4. Aspectos de la firma electrónica

Son cuatro los aspectos a tener en cuenta en la firma electrónica, a saber: la autenticidad, la integridad, la confidencialidad y el no repudio.

A) La autenticidad la podemos entender como la necesidad de saber quién está mandando realmente el mensaje, documento etc. creer que es verdad que es quien dice ser. Esto en el mundo documental tradicional es más fácil de averiguar, ya sea con la presentación de una firma manuscrita, unos poderes o la mera presencia física podemos autentificarlo.
B) La integridad, es decir, que lo que se manda no ha sido interceptado y/o modificado por una tercera parte ajena al asunto.
C) La confidencialidad hace alusión a que el documento solo será visto y entendido por los interesados excluyendo a terceros.
D) El no repudio que consiste en que el emisor tenga algún mecanismo de asegurarse que el receptor ha recibido el mensaje que a él iba dirigido.

Las cuatro características quedan descritas en la siguiente frase: la firma electrónica permite que tanto el receptor como el emisor de un contenido puedan identificarse mutuamente con la certeza de que son ellos los que están interactuando, evita que terceras personas intercepten esos contenidos y que los mismos puedan ser alterados, así como que alguna de las partes pueda «repudiar» la información que recibió de la otra y que inicialmente fue aceptada (Peña Merino, 2005).

5.5.5. Clasificación firmas electrónicas

En el art. 3 de Ley 59/2003 se distinguen tres tipos de firma:

1. La firma electrónica general, que equivaldría a una firma manuscrita digitalizada

   «La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.»

2. La firma electrónica avanzada

> «[...] es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control».

3. La firma electrónica reconocida

> «Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.»

Los documentos electrónicos son el soporte en el que hallen los datos firmados electrónicamente y será admisible como prueba documental en juicio.

5.6. Los certificados electrónicos

Son los documentos expedidos por los prestadores de servicios de certificación que relacionan las herramientas de firma electrónica que tiene cada usuario con su identidad, dándole a conocer como firmante en el ámbito telemático.

La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda se constituye legalmente como el certificador público de firma electrónica (también existen certificadores privados). Para obtener un Certificado de Usuario hay que dirigirse a este organismo y cumplimentar unos documentos que completan un proceso tras el cual podremos acceder a los servicios que la Administración ofrece on line de forma muy sencilla y segura.

Alguno de los más comunes son los que contemplan en sus páginas *web* la Seguridad Social, la Agencia Tributaria o los Centros Públicos de Salud, que nos posibilitan, entre otras muchas cosas, acceder a nuestro informe de vida laboral o presentar electrónicamente nuestras declaraciones tributarias. Son servicios cuya utilización es todavía minoritaria, pero se encuentra en crecimiento constante.

5.7. Certificados electrónicos de personas jurídicas

Una novedad que incluye la Ley 59/2003 es la posibilidad de que se emitan certificados de personas jurídicas, lo que con el Real Decreto Ley de 1999 ya derogado solo era posible en el ámbito de la gestión tributaria. Así en el artículo 7.1 y 2 establece:

> 1. Podrán solicitar certificados electrónicos de personas jurídicas sus administradores, representantes legales y voluntarios con poder bastante a estos efectos. Los certificados electrónicos de personas jurídicas no podrán afectar al régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica.
> 2. La custodia de los datos de creación de firma asociados a cada certificado electrónico de persona jurídica será responsabilidad de la persona física solicitante, cuya identificación se incluirá en el certificado electrónico.

5.8. Trascendencia de la firma electrónica en el ámbito jurisdiccional

El art. 299 de la LEC, bajo el epígrafe Medios de Prueba, después de enumerar los tradicionales medios probatorios, introduce novedades en su apartado 2° al decir que: «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso».

Además, en el apartado 3º del precepto aparece la posibilidad de admitir otros medios probatorios que pudieran entenderse no comprendidos en los dos apartados anteriores siempre que a juicio del tribunal «pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes». Cabe afirmar, que el documento electrónico, que es soporte en el que figuran los datos que se han firmado electrónicamente, puede aportarse a un juicio como prueba documental.

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Derecho de consumo

AAVV: *Derechos de los consumidores y usuarios,* (coord. A. DE LEÓN ARCE), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
AAVV: *Derecho privado de consumo,* (coord. M. J. REYES LÓPEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «El texto refundido sobre legislación de consumo», *Aranzadi Civil*, nº 18, 2008, págs. 11-14.
CORCHERO, M. Y GRANDE MURILLO, A.: *La protección de los consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La protección del consumidor como principio general del derecho», *Estudios sobre consumo,* nº 73, 2005, págs. 55-68.
LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios,* Madrid, Dykinson, 2003.
PENDÓN MELÉNDEZ, M. A.: «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», *Derecho de los Negocios,* núm. 209/2008.
PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «La nueva ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio», *Diario La Ley núm. 6837/2007, Año XXVIII.*
RODRÍGUEZ MARÍN, C.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 sobre consumidores y usuarios: concepto de consumidor», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 74, Vol.1º, 2007, pág. 137 a 153.

2. Condiciones generales

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes,* Madrid, 1987 (Reimpresión).
LLODRÁ GRIMALT, F.: *El contrato celebrado bajo condiciones generales,* Valencia, 2004.

Tercera parte
CONTRATOS EN ESPECIAL. CUASICONTRATOS. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Tema 18
La donación

1. CONCEPTO

1.1. Concepto

La donación supone dentro del género de los actos a título gratuito, la prestación de una cosa, de la que se despoja o promete el donante, con el consiguiente empobrecimiento de su patrimonio, en beneficio del donatario, que se enriquece correlativamente (Lacruz, 1999). Etimológicamente donación proviene de *doni datio:* dación gratuita.

Es donación la casa que el padre regala a su hijo para su boda, o el regalo del libro que se hace a un amigo por su cumpleaños.

La sts 14 mayo 2007 (rja 4335): establece que: «En relación con el negocio jurídico de donación, la Sentencia de 31 de mayo de 2006 (rj 2006, 3496) señala que «la jurisprudencia ha sentado que la donación es un negocio jurídico por el cual una persona, por voluntad propia, con ánimo de liberalidad (*animus donandi*), se empobrece en una parte de su patrimonio en beneficio de otra que se enriquece en el otorgamiento».

1.2. Características

Según el art. 618 cc: «la donación es el acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». De esta definición legal que proporciona el Código Civil se derivan las principales características de esta figura:

A) *Un acto de liberalidad.* La liberalidad consiste en proporcionar a otro una ventaja o beneficio sin contraprestación (Roca i Trias, 1994). Dentro de la *categoría de liberalidades o actos de liberalidad* se incluyen otros contratos con causa gratuita como: el mandato (art. 1.726) el comodato (art. 1.740), el mutuo sin interés (art. 1.740), el depósito (art. 1.760). La doctrina estima que también existe la nota de gratuidad en los siguientes supuestos: prestar servicios sin remuneración, sembrar, plantar o edificar con materiales propios en terreno ajeno sin ánimo de exigir nada por ello, perdonar una deuda o renunciar, sin más, a un derecho real sobre cosa ajena.

   La diferencia entre la gratuidad y la liberalidad estriba en que la primera se mide siempre de forma objetiva, por el contrario la liberalidad es un elemento subjetivo, exige una especial intención, el *animus donandi* o ánimo liberal. Este elemento intencional es el que determina que el contrato tenga causa gratuita (Roca i Trias, 1994).

B) *Es un acto gratuito.* La donación es un acto gratuito porque quien la realiza no recibe a cambio ninguna contraprestación (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La donación es un acto gratuito incluso en el caso de la donación modal, puesto que en ellas aunque al donatario se le impone una prestación, esta es de valor inferior a lo donado.

   La característica que distingue la donación de los otros contratos gratuitos, es el empobrecimiento patrimonial que sufre el donante y el correlativo enriquecimiento del patrimonio del donatario. En el resto de contratos gratuitos falta la nota del empobrecimiento, ya que del activo del patrimonio de quien realiza el acto liberal (depósito, mandato, préstamo) no sale ningún bien ni derecho (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

C) *Produce un efecto traslativo del dominio.* La donación es un contrato dispositivo o traslativo, ya que permite que un bien o derecho que forma parte de un patrimonio salga de este y se integre en otro nuevo. En este sentido, Lacruz (1999), establece que la donación es un «contrato de atribución de cosas o derechos que se desplazan desde el patrimonio del donante al del donatario». En los otros contratos gratuitos no hay desprendimiento patrimonial.

   La donación forma parte de la categoría de los contratos traslativos del dominio junto con la compraventa y la permuta.

D) Es necesaria la aceptación del donatario.
   Para que se perfeccione la donación se exige la concurrencia del acuerdo del donatario para aceptar el carácter gratuito de la donación (Parra Lucán, 2000).

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN

El cc define la donación en el art. 618 como «el acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». La mayor parte de la doctrina (Albaladejo, 2002 y Parra Lucán, 2000) y la jurisprudencia coinciden al afirmar que la donación se trata de un contrato a pesar de que la donación se encuentre ubicada en el Libro III del Código Civil, Título II «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», y no esté regulada entre los contratos. En contra de esta tesis Rubio Torrano (2003).

Ajena a esta corriente la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, regula la donación como un derecho real, dentro del Título III «De la adquisición, la transmisión y la extinción del derecho real», en la Sección Tercera «Donación», arts. 531-7 a 531-26. En el primero de estos artículos se proporciona un concepto legal de la misma: «la donación es el acto por el cual los donantes disponen a título gratuito de un bien a favor de los donatarios quienes lo adquieren si lo aceptan en vida de aquellos».

2.1. La donación como contrato

El carácter contractual de la donación viene determinado:

1) Por la exigencia de la aceptación por parte del donatario que se deduce de los arts. 618, 630 y 631. En la donación, como sucede en todo contrato hay una oferta de una parte, del donante, que debe ser aceptada por la otra, el donatario (Albaladejo, 1991).

2) Por la sujeción a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en sus normas específicas. Para Albaladejo (1991) la naturaleza contractual de la donación puede deducirse, entre otros, de los arts. 621, 624 y 1.274 cc. Es de destacar como el art. 621 cc establece que: «las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos en todo lo que no se halle regulado en este título».

2.2. La donación como modo de adquirir el dominio

La donación es contemplada en el art. 609 del CC como un modo de adquirir el dominio, que opera sin necesidad de tradición simultánea o posterior. A diferencia de lo que sucede con otros contratos a los que ese mismo precepto les exige que vayan seguidos de la tradición (teoría del título y el modo) para producir efectos reales (Lasarte, 2007). Para la doctrina la donación produce efectos transmisivos desde el momento en que se perfecciona por concurrir el consentimiento del donatario, lo que hace que este adquiera la propiedad de la cosa donada, aunque esta no le haya sido todavía entregada; lo que supone que no se requiere la concurrencia de la tradición para la transmisión de la propiedad (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En consecuencia, cabe afirmar que la donación es un contrato en cuya virtud se adquiere directamente el dominio (Lasarte, 2007) y que la donación es a la vez título y modo de adquirir (Lacruz, 1999)

Un supuesto diferente es el de la denominada donación obligacional, en la que el donante no transfiere nada en el momento de pactar y simplemente se obliga a dar en un futuro (Lacruz, 1999). En este supuesto, el donatario, que ha aceptado la donación, no adquirirá la propiedad de lo donado hasta que no se realice la *traditio* o entrega material o simbólica (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Esta modalidad de donación es controvertida, y parte de la doctrina y de la jurisprudencia no admiten su virtualidad en nuestro ordenamiento jurídico. Están a favor de esta modalidad Lacruz, Díez-Picazo y Gullón (2001) que se apoyan para ello en los arts. 1.255, 1.254 a 1.258. 1.262 y especialmente el 1.274.

3. CAPACIDAD DEL DONANTE Y DEL DONATARIO

Las partes en el contrato de donación son el donante que es quien efectúa la liberalidad y el donatario que se enriquece con la misma.

a) El donante. El art. 624 establece que «podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes». Lo que supone que además de la capacidad para contratar los donantes habrán de tener la capacidad legal para disponer de los bienes de que se trate.

b) El donatario. El art. 625 establece que: «podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello». El art. 626 completa la anterior disposición al establecer que: «Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes».

La doctrina es coincidente en que, salvo el supuesto del art. 626, cualquier persona puede aceptar donaciones puras si tiene capacidad suficiente de entender y querer, cualquiera que sea su edad y sin necesidad de asistencia de su representante legal (Parra Lucán, 2000).

4. COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE DONACIÓN

4.1. Objeto de la donación

La doctrina admite que pueden ser objeto de donación tanto los bienes como los derechos, aun a pesar de que el tenor literal del art. 618 CC solo se refiera a las cosas. El objeto de la donación puede ser una cosa o un derecho, real o de crédito (Parra Lucán, 2000). Los bienes donados

han de ser individualizados lo que equivale a exigir que se identifique por sus características o naturaleza (art. 633 CC).

No pueden ser objeto de donación:

a) Los servicios. Según Lacruz (1999), la prestación de servicios gratuitos por el depositario, el mandatario, el prestamista, etc., no puede recibir la denominación de donación. El gasto de actividad no entraña donación aunque esta pueda cuantificarse económicamente.
b) Los bienes futuros (art. 635 CC), que son aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

4.2. Límites de las donaciones

La ley establece unos límites para las donaciones:

a) Si la donación comprende «todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos», el art. 634 exige que el donante se reserve en propiedad o usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias.
b) En el caso de que el donante tenga herederos legítimos, no puede perjudicar su legítima (art. 636) y si lo hace, estos podrán reducir las donaciones por inoficiosas (art. 654). Esto supone que si la donación si en el momento de la muerte del causante excede el tercio de libre disposición, podrá ser reducida por inoficiosa en todo en cuanto sobrepase aquel límite.

El citado art. 636 establece que: «no obstante, lo dispuesto en el artículo 634 ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida».

5. LA FORMA DE LAS DONACIONES

La donación es un negocio que históricamente ha estado sujeto a determinados requisitos de forma; el código continúa exigiendo una forma (*ad solemnitatem*) específica y si esta no se cumple, la donación es inexistente (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

5.1. La donación de muebles e inmuebles

La forma es distinta según la donación sea de bienes muebles o inmuebles:

a) *Bienes muebles*. Puede hacerse verbalmente o por escrito. La forma verbal requiere la entrega simultánea de la cosa. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta de la misma forma la aceptación (art. 632).

   Un ejemplo lo tenemos en los regalos de cumpleaños o los pequeños regalos que se hacen los novios que no solo se realizan verbalmente sino que además la entrega de la cosa es inmediata.

b) *Bienes inmuebles*. Regulada en el art. 633 al establecer que:

> Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura pública o en otra separada, pero no surtirá efecto sin no se hiciese en vida del donante. Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

5.2. El incumplimiento del requisito de forma

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el cumplimiento de los requisitos de forma es imprescindible para la existencia de la donación, negando que en otro caso el donatario posea a título de dueño. El TS interpreta el art. 633 de modo riguroso de modo que la falta de escritura comporta la nulidad de la donación. Así la STS 24 mayo 2000 (RJA 3993) establece que: «nos hallamos ante una donación (verbal) de un inmueble que no se hizo como exige el art. 633, párrafo primero, del Código Civil en escritura pública, y este requisito tiene la consideración de presupuesto de forma esencial, insoslayable (carácter constitutivo o *ad solemnitatem*), de tal modo que su falta determina la nulidad radical, o mejor incluso, inexistencia, del título, como entiende reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son ejemplo las sentencias de 27 septiembre 1989 (RJ 1989, 6384); 7 mayo y 25 octubre 1993 (RJ 3465 y 7654); 27 julio y 10 noviembre 1994 (RJ 6929 y 8465); 3 marzo, 24 octubre y 23 diciembre 1995 (RJ 1775, 7846 y 9396); 5 noviembre 1996 (RJ 7904) y 19 junio 1999 (RJ 4613), entre otras, por lo que no despliega virtualidad transmisiva alguna de los bienes a que se refiere.

5.3. La donación disimulada

En ocasiones donante y donatario acuerdan otorgar una donación de inmueble, pero en realidad están simulando una compraventa que aparece documentada en escritura pública. Los móviles para utilizar esta vía pueden ser diversos: la menor carga fiscal que tienen las compraventas con relación a las donaciones, la intención de burlar las legítimas de unos hijos en beneficio de otros, etc.

El TS frente a los supuestos en que se ha probado la existencia de una donación disimulada bajo la forma de compraventa ha mantenido un criterio vacilante, en unas ocasiones se ha inclinado por la nulidad de la donación y en otras por su validez tal como se explica en la STS 26 febrero 2007 (RJA 1769):

Una línea jurisprudencial defiende la tesis negadora, en virtud de la cual, mantiene que el descubrimiento de la donación no transforma la compraventa simulada en donación porque:

> El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública, no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquellos.

En este mismo sentido las SSTS de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 14 de mayo de 1966, 1 de octubre de 1991 (RJA 7438), 6 de abril de 2000 (RJA 1819), 16 de julio de 2004 (RJ 4379) y STS 26 febrero 2007 (RJA 1769).

Otras sentencias mantienen la validez de la donación disimulada, bajo el argumento de que: «si bajo el negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquel será la propia de este último, y si es la exigida por la Ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente; que el notario cuando autorizó la escritura pública estaba en verdad autorizando un contrato de donación». Así las SSTS 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2614), 19 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8408), 9 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4048), 19 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9417), 21 de enero de 1993 (RJ 1993, 481), 20 de julio de 1993 (RJ 1993, 6168), 14 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2430) y 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7999).

Finalmente, un tercer sector mantiene que, ante las posiciones enfrentadas sobre la cuestión, ha de resolverse ateniéndose a las circunstancias del caso (sentencias de 19 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8408], 23 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6352], 22 de enero de 1991 [RJ 1991, 306], 30 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9752], 18 de marzo de 2002 [RJ 2002, 2663] y 7 de octubre de 2004 [RJ 2004, 6231]).

6. LA PERFECCIÓN DE LA DONACIÓN

El art. 623 CC dice que: «La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario». Así que, atendiendo a la letra de este precepto, la perfección se produce cuando el donante toma conocimiento de que el donatario aceptó su liberalidad. Además, el art. 629 dispone que: «La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación». Finalmente, el art. 630 CC nuevamente establece la necesidad de aceptar la donación, con sanción de nulidad si no concurre esta (Albaladejo, 1991).

7. REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES

La necesidad de la aceptación supone que la oferta de donación sea revocable hasta el momento de la aceptación por de donatario. El fundamento de la revocabilidad de la donación se encuentra en la naturaleza gratuita del contrato y se justifica en cuanto que la situación de poder deshacer la donación es imputable al donatario, al que le cabe ponerle fin notificando la aceptación al donante (Albaladejo, 1991).

La donación una vez que se han cumplido todos los requisitos constitutivos legalmente exigidos es irrevocable. El donante ya no puede por su sola voluntad dejar sin efecto la donación.

Así, desde un punto de vista jurídico no es posible que los novios que han cortado su relación puedan exigirse la devolución de los regalos que se han efectuado durante su noviazgo, puesto que estos denominados regalos son en realidad donaciones y los donatarios se han convertido en propietarios. La recuperación del regalo solo es posible a través de una donación en sentido contrario, que obviamente requiere de la libre voluntad del propietario actual del regalo.

Esta norma, sin embargo, no es absoluta, puesto que el Código Civil de modo excepcional permite que el donante en determinados supuestos pueda dejar sin efecto la donación (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El fundamento de la revocación se encuentra en el carácter gratuito de la donación, lo que faculta al donante para recuperar lo donado en algunos supuestos legalmente establecidos, suponiendo que de haberlos conocido no la habría realizado (Lasarte, 2007).

Las causas de revocación previstas en el CC son las siguientes:

a) *Por supervivencia o superveniencia de hijos,* si el donante, después de la donación, tiene hijos o resulta vivo el que el reputaba muerto (art. 644). En este caso, el donante, sus hijos o descendientes disponen de cinco años para pedir la revocación desde que tuviese lugar alguna de aquellas circunstancias (art. 646).
b) *Por incumplimiento de cargas,* cuando el donatario deja de cumplir el modo o carga que le había impuesto el donante (art. 647). En este caso los bienes donados volverán al donante quedando nulas las enajenaciones e hipotecas que el donante hubiese hecho. La acción prescribirá a los cuatro años por analogía con el art. 1.299 (Roca i Trias, 1994).
c) *Por ingratitud del donatario*, que se considera que se produce cuando comete un delito contra la persona, honor o bienes del donante, o cuando se le imputa un delito o cuando le niega indebidamente los alimentos (art. 648).

Esta acción tiene un plazo de prescripción de un año desde que el donante tuvo conocimiento de los hechos (art. 652).

La revocación de la donación, según Lasarte, da lugar a la restitución al donante de los bienes donados, o del valor que estos tenían al tiempo de la donación si hubiesen sido enajenados, quedando a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe (arts. 645, 647, 649, 650 y 651).

8. REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS

La donación, por otra parte, puede ser reducida por inoficiosidad, para evitar que se perjudique la legítima de los herederos forzosos (arts. 654 a 656 CC). Según el art. 654: «Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636 sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos [...]».

La legítima es una parte de la herencia que tiene que dejar el testador a los legitimarios (hijos, en su defecto padres y una legitima en usufructo para el cónyuge). La masa hereditaria está formada por la suma de lo que dejó el causante (caudal relicto) y lo que donó en vida (lo donado). Si a la muerte del causante no hay caudal relicto para cubrir las legitimas, se reducirán por inoficiosidad las donaciones que hizo en vida, por orden de menor antigüedad, hasta recuperar bienes con que pagar las legitimas.

Ejemplo: en el caso de un causante, padre de un solo hijo, que a su muerte, deja un caudal relicto de 35.000 €, pero que en vida había hecho donaciones a su amante por valor de 55.000 €, resulta que su herencia tiene, pues, un valor total (caudal relicto + donaciones) de 90.000 €. Como quiera que su único hijo tiene como legítima (art. 808 CC) las dos terceras partes, o sea, 60.000 €, podrá percibir directamente los 35.000 € del caudal relicto y podrá reducir por inoficiosas las donaciones efectuadas por su padre hasta un valor de 25.000 €. El resto de la donación no se vería afectada por la reducción por tener cabida en el denominado tercio de libre disposición (art. 808 *in fine*) y no mermar a la legítima.

En alguna ocasión el TS no ha reducido la donación sino que directamente ha decretado su nulidad, así ha sucedido con la STS 23 octubre 2003 (RJA 9481), en un caso en que la madre del actor dejo a este sin herencia puesto que vendió todos sus bienes mediante escritura pública a su otra hija. El TS, siguiendo la doctrina de la STS 1 abril 2000 (RJA 2504) estimó tanto la nulidad de la compraventa como la nulidad de la donación «por defraudar los derechos legitimarios del demandante, encubierta bajo una compraventa inexistente».

9. DONACIONES ESPECIALES

La causa gratuita que da lugar al contrato de donación puede sufrir varias modalizaciones, y según los distintos elementos que prime en cada una de ellas dará lugar a unas determinadas donaciones especiales (Roca i Trias, 1994).

9.1. La donación *mortis causa*

La donación *mortis causa* está reconocida en el art. 620, que establece que «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria». Estos efectos se refieren a la transmisión de la propiedad de la cosa donada.

Estas donaciones se hacen por causa de muerte o de peligro mortal, o se informan del temor a la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en caso de vivir (Díez-Picazo y Gullón, 2001)

La donación *mortis causa* posee las siguientes características (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

a) Posibilidad de revocación por el donante, de forma similar a la facultad de todo testador para revocar en cualquier momento el testamento.
b) Exigencia de que el donatario sobreviva al donante, porque la donación no produce efectos sino *post mortem*, de la misma forma que el heredero ha de sobrevivir al causante para heredarle.
c) La jurisprudencia declara también de manera reiterada que a las donaciones *mortis causa* se le aplican las reglas de forma de las disposiciones testamentarias. Han de revestir la forma y solemnidad de los testamentos.

9.2. Donación modal u onerosa

La donación onerosa, o con carga, también llamada modal es aquella en la que se impone al donatario una obligación conexa con la liberalidad; en forma de modo y no de liberalidad (Lacruz, 1999). En las donaciones modales el donante, además de querer enriquecer gratuitamente al donatario *(animus donandi)*, pretende la consecución de otros fines, la liberalidad es el vehículo para su obtención. La asunción de la carga por el donatario no es contraprestación de la liberalidad que recibe, por lo que la donación no llega transformarse en un contrato oneroso. El modo puede ser impuesto al destinatario con la finalidad de hacer o dar algo a favor del disponente o de un tercero o del beneficiado mismo, o en general de emplear de una determinada manera el objeto de la disposición (Lacruz, 1999).

En el supuesto de hecho de la sts 6 abril 1999 (rja 2656), se trataba donación de la nuda propiedad de inmuebles con la carga (modo) de vivir la donataria con los donantes, asistiéndoles y cuidándoles y en el de la sts 24 diciembre 2003 (rja 2004, 139) el modo consistía en la cantidad de seis millones de pesetas entregada por abuelo a nieto y a la esposa de este, con la obligación de restituirla en plazo de dieciocho meses o cuando aquel saliera del domicilio de los demandados –nieto y su esposa.

Este tipo de donación se contempla en el artículo 619, al establecer que es también donación «aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado». La exigencia de que el gravamen sea inferior al valor de lo donado obedece a que, si fuese igual o

superior, desaparece el presupuesto de toda donación, que es el enriquecimiento del donatario». (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Si el donatario incumple la carga impuesta el donante o sus herederos pueden instar la revocación (art. 647 cc) o incluso el cumplimiento del modo.

La sts 6 abril 1999 (rja 2656) establece que: «la revocación no es la única facultad que confiere el incumplimiento de las donaciones modales. También, el incumplimiento genera la posibilidad de exigir simplemente el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios», según ya reconoció una sentencia de esta Sala de 19 de enero de 1901 y, según se desprende de la aplicabilidad del artículo 1.101 del Código Civil, en relación con los artículos 621 y 622 del reseñado «cuerpo legal».

9.3. Donación remuneratoria

La donación remuneratoria es la que se hace con el designio de premiar al donatario por sus especiales merecimientos (Lacruz, 1999). Este tipo de donación aparece contemplada en el artículo 619 cc al decir que «es también donación la que hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles». También tenemos otra referencia en el art. 622 cc al establecer que: «Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto».

La donación remuneratoria es la que se hace por servicios ya prestados al donante. Se trata de recompensar al donatario por lo que este proporcionó en el pasado sin contrapartida (Parra Lucán, 2000). (Ej. Haber cuidado el donatario durante una larga enfermedad al donante o haberle salvado la vida.)

Esos servicios no han de constituir deudas exigibles, bien porque el donatario renuncia a su pago, o porque no tenía derecho a cobrarlos, o porque fueron inestimables. El móvil o motivo de la donación es el de recompensarlos (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

De modo que si una persona percibe una cantidad de varios miles de euros por cuidar durante varios años a un enfermo, solo sería verdadera donación remuneratoria la parte que excediese el valor de los servicios prestados.

Así se manifestó la sts 29 julio 2005 (rja 6562) establece que:

> Este precepto [art. 619 cc] solo permite estimar una posición especial de este tipo de donaciones cuando el accipiens no puede reclamar, bien por carecer de acción, bien por haberla renunciado (ssts 21 enero 1993 [rj 1993, 481]; 9 de marzo de 1995 [rj 1995, 2779]). Se trata ya de una remuneración, ya de un reconocimiento, como ocurre cuando los servicios no son susceptibles de evaluación o se traducen en un beneficio mucho más importante que el esfuerzo realizado por el prestador. Ahora bien; el artículo 622 del Código Civil solo considera verdadera donación «la parte que excede del gravamen impuesto», frase de difícil comprensión que solo puede entenderse en sentido figurado, como que es verdadera donación la parte de atribución que excede del valor del servicio prestado, y por ello solo en esa parte cabe aplicar a una «donación remuneratoria» el régimen de colación, reunión ficticia, reducción, o la presunción de fraude…

La diferencia entre las donaciones remuneratorias y las donaciones con carga o modales estriba en que las primeras se realizan porque el donante ha recibido unas prestaciones, mientras que en las segundas se realizan precisamente para recibirlas. Lo que supone que las remuneratorias miran al pasado y las modales miran al futuro.

9.4. Donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante

El Código Civil en el artículo 639 admite que el donante pueda reservarse «la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriese sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado».

El primer supuesto permite al donante recuperar los bienes donados o de su valor, disponiendo de los mismo a favor de terceros (Roca i Trias, 1994). El segundo caso, la facultad del donante de disponer de alguna cantidad con cargo a los bienes, significa la facultad de exigir del donatario el pago de una suma dentro del valor de los bienes donados, a modo de carga o gravamen (donación modal) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

9.5. Donaciones con cláusula de reversión

El artículo 641 permite la estipulación de una cláusula de reversión en la donación, de modo que en determinadas condiciones los bienes volverán al donante o a un tercero que señale el donante.

> Ej. Una donación en la que se establezca que a la muerte del donatario tales bienes pasarán al sobrino del donante.

La reversión en favor del donante puede establecerse «para cualquier caso y circunstancia». La reversión en favor de terceros «en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias». La remisión se hace a las sustituciones fideicomisarias.

La reversión en favor del donante puede depender de una condición o de un plazo. El cumplimiento de la condición es el evento del que depende que los bienes pasen de nuevo al donante, y el del plazo implica la llegada del término final puesto a la titularidad del donatario. Cumplida la condición o llegado el plazo del donatario pierde el dominio (Roca i Trias, 1994).

> Ej. Quien efectúa una donación de unos terrenos al Ayuntamiento de su ciudad para que se edifique un hospital, con una cláusula en la que se señale que en caso de destinarse a otros usos los terrenos revertirán al donante o a sus herederos.

9.6. Donaciones de nuda propiedad y usufructo

De acuerdo con el art. 640 cc también se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras, con la limitación (para este último caso) establecida en el artículo 781 para las sustituciones fideicomisarias.

9.7. Las liberalidades de uso

Son aquellas donaciones que se realizan en cumplimiento de determinados usos sociales, como los regalos para conmemoraciones familiares (comuniones, bautizos, cumpleaños...), limosnas, aportaciones para determinados fines benéficos, etc. Se trata de verdaderas donaciones aunque tengan un especial régimen jurídico determinado en el art. 1.041 cc, que se refiere a los

«regalos de costumbre» excluyéndolos de la colación (Roca i Trias, 1994). También en el art. 1.378 cc hay una referencia a las «liberalidades de uso» como aquellas que se pueden realizar por uno de los cónyuges a cargo de los bienes gananciales sin necesidad del consentimiento del otro. Los regalos de boda tienen un régimen especial en los arts. 1.336 a 1.343 cc bajo el epígrafe de «De las donaciones por razón de matrimonio».

9.8 Donaciones indirectas: negocio mixto *cum donatione*

La donación indirecta consiste en una atribución patrimonial realizada con ánimo liberal y efectivo enriquecimiento de una de las partes, pero en vez de utilizar la vía de la donación se efectúa mediante un contrato oneroso (Lacruz, 1999).

Como ejemplos de donación indirecta la renuncia unilateral al cobro de una deuda o la renuncia de herencia a favor de un determinado heredero, el pago de una deuda ajena sin intención de reclamar del deudor lo pagado o la estipulación a favor de tercero cuando el estipulante celebra el contrato con la intención de hacer una liberalidad al beneficiario de la estipulación (art. 1.257).

Un supuesto especial de donación indirecta lo constituye el denominado negocio mixto *cum donatione*, que es un contrato oneroso celebrado deliberadamente en muy ventajosas condiciones para beneficiar a una de las partes. Este es el supuesto de las «ventas amistosas» en las que el precio pagado es con mucho inferior al de mercado (Parra Lucán, 2000).

Ej. Se vende una casa valorada en 120.000 € por solo 10.000 €.

LECTURAS RECOMENDADAS

De los Mozos de los Mozos, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia,* Madrid, Dykinson, 2000.
Sirvent García, J.: *La donación con cláusula de reversión,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Tema 19
La compraventa

1. CONCEPTO, CARACTERES Y FUENTES

1.1. Concepto

La compraventa aparece definida en el art. 1.445 del CC como el contrato por el que «... uno de los contratantes [el vendedor] se obliga a transmitir una cosa determinada y el otro [el comprador] pagar un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

1.2. Caracteres

La doctrina es unánime al afirmar que la compraventa presenta los siguientes caracteres:

A) *Es un contrato bilateral y conmutativo.* La bilateralidad implica que del mismo surgen obligaciones para ambas partes. La nota de conmutatividad supone que las obligaciones que asume cada parte se consideran como el equivalente (aproximado) de las que contrae la contraparte (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Excepcionalmente, el contrato de compraventa puede ser *aleatorio*, como sucede en la denominada *compraventa de esperanza* cuando se compran *cosas futuras* a riesgo del comprador o en la que este se obliga a pagar el precio tenga o no existencia la cosa (Lasarte, 2007). Ej. La compraventa de cosecha futura por un precio global fijado previamente.

B) Es *consensual*, porque se perfecciona cuando concurren los consentimientos del comprador y vendedor referidos a la cosa y al precio. En ese sentido el art. 1.450 establece que: «... se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato aunque ni la una ni el otro se hayan entregado». Las posteriores entregas de la cosa y del precio corresponden a otra fase del contrato, a la de ejecución, puesto que son obligaciones que surgen una vez que aquel ya se ha perfeccionado (Lasarte, 2007).

C) Es *oneroso* porque este contrato determina sacrificios patrimoniales para cada una de las partes. El vendedor se desprende de un objeto de su patrimonio, a su vez el comprador también sufre una merma patrimonial por la entrega del dinero del precio. No obstante, luego los patrimonios se reequilibran (al menos teóricamente) como consecuencia del intercambio de cosa por precio.

D) Es *obligacional* y *no dispositivo*. La perfección de la compraventa no exige como requisito que en ese mismo instante se produzca la transmisión de la cosa ni la entrega del precio, sino el nacimiento de obligaciones futuras para ambas partes: las de entrega de la cosa y del precio. Además, el cambio en la titularidad dominical de la cosa vendida no tendrá lugar hasta que se complete el negocio de compraventa con la entrega o tradición de la cosa (teoría del título y el modo) (Lacruz, 1999).

En algunos códigos como el francés (art. 1.583) o el italiano (art. 1.470), la compraventa es un negocio dispositivo puesto que su perfección produce como efecto la transferencia del dominio aunque el vendedor no haga la tradición de la cosa en ese instante (Borda, 1993).

En nuestro sistema, en los casos de compraventa manual o al contado, en un mismo acto se produce la entrega de la cosa, precio y transmisión dominical, así sucede cuando compramos un periódico o un café en un bar.

La STS 17 enero 2007 (RJA 34), establece que: «Nadie discute en nuestro derecho la eficacia estrictamente obligacional del contrato de compraventa, que es solo fuente de obligaciones (arts. 1.445, 1.450 y 1.461 CC) y que carece per se de valor traslativo, precisando la concurrencia del ulterior «modo» para operar la mutación jurídica real (arts. 609 y 1.095 del Código Civil)»

E) Es un contrato con *finalidad traslativa de dominio* puesto que sirve de título para la transmisión de la propiedad (arts. 609 y 1.095 CC) que se consumará mediante la entrega de la cosa o modo (STS de 22 diciembre 2000 (RJA 10136). Lo que supone, que para que la compraventa tenga finalidad traslativa necesita el refuerzo de la posterior o coetánea transmisión de la cosa.

1.3. Fuentes legales

El régimen general del contrato de compraventa se encuentra regulado en los arts. 1.445 a 1.537 del CC y en los arts. 325 a 345 del Ccom para la compraventa mercantil. Junto a esta regulación genérica podemos encontrar los supuestos contemplados en leyes especiales pertenecientes al ámbito del Derecho de consumo: la Ley 28/1998 de Ventas a Plazos de bienes muebles (LVP); en la Ley 26/1991, de Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles; los arts. 38 a 48 de Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista sobre Compraventas de Bienes Muebles a Distancia; Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (aprobado por el RDL 1/2007) que se ocupa de los Contratos celebrados a distantica (arts. 92 a 106), Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (arts. 107 a 113) y de las Garantías y servicios posventa (arts. 114 a 124) y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Respecto a las compraventas de inmuebles hay que tener en cuenta el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la Información a Suministrar en la Compra-Venta y Arrendamiento de Viviendas.

2. ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES

2.1. Elementos personales

La compraventa, como negocio bilateral, requiere dos partes contratantes que reciben el nombre de vendedor, que se obliga a entregar una cosa determinada, y de comprador, que se obliga a pagar por ella un precio cierto.

a) *Capacidad*

La capacidad para celebrar el contrato de compraventa es la general para obligarse, según se deduce del art. 1.457: «Podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes».

La doctrina estima que en principio solo está legitimado para vender el que sea dueño de la cosa o titular del derecho que pretenda enajenar y que además tenga la libre disposición de uno u de otro (Lacruz, 1999). El CC, sin embargo, no exige expresamente este requisito en ningún precepto.

b) *Las prohibiciones de comprar*

En el art. 1.459 CC se establecen las denominadas prohibiciones para comprar en cuya virtud el Código, por razones de moralidad social y orden público y para evitar fraudes o perjuicios en supuestos en que hay intereses encontrados, prohíbe a determinadas personas adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona interpuesta, bienes sobre otras sobre las que tiene algún tipo de influencia (LASARTE, 1999).

Establece el art. 1.459 CC que:

No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

1º Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección.
2º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.
3º Los albaceas, los bienes confiados a su cargo.
4º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuvieren encargados.
Esta disposición regirá para los jueces y peritos que de cualquier modo intervinieren en la venta.
5º Los Magistrados, jueces, individuos del Ministerio Fiscal, secretarios de tribunales y juzgados y oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.
La prohibición contenida en este número 5º comprenderá a los abogados y procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.

La violación de las prohibiciones de los apartados 5 y 6 del art. 1.459 suponen la nulidad absoluta del contrato celebrado por aplicación del art. 6.3 CC que establece la nulidad de los actos contrarios a las «normas imperativas y a las prohibitivas». En el resto de supuestos la regla aplicable es la de la anulabilidad (LASARTE, 1999).

2.2. Elementos reales

2.2.1. La cosa

En principio pueden ser objeto de compraventa las cosas (art. 1.455 CC), sin embargo, la doctrina atribuye a la cosa un sentido amplio. El término cosa incluye tanto a las corporales como a las incorporales (energía eléctrica y creaciones intelectuales); las cosas muebles e inmuebles, las presentes y las futuras, las específicas y las genéricas. También incluye los derechos, reales o de crédito (CASTÁN, 1992).

La cosa objeto de compraventa ha de cumplir los siguientes requisitos (CASTÁN, 1992):

1º *Existencia actual o futura.* La compraventa como todo contrato necesita tener objeto (art. 1.262 CC). Sin la existencia de la cosa no se concibe el contrato, el artículo 1.460 CC dice que «si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato». Pero si la pérdida fue parcial «el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando el precio en proporción al total convenido» (art. 1.460-2 CC).

El objeto de la compraventa puede ser una cosa futura, puesto que el art. 1.271 al referirse al objeto del contrato admite esta posibilidad (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La doctrina admite dos modalidades de compraventa de cosa futura (Castán, 1992):

a) *Emptio rei speretae* (compra de cosa esperada). Cuando las partes condicionan el contrato a la existencia de la cosa. Solo habrá intercambio si la cosa deviene real. Ej. Compraventa de casa a construir (Castán, 1992).
b) *Emptio espei* (compraventa de esperanza). Es el caso de las partes celebran el contrato con independencia de que la cosa llegue a existir. El comprador asume el riesgo de que la cosecha llegue a buen término. La obligación de pagar persiste aunque la cosecha sea inferior a la esperada o inexistente (Martínez de Aguirre, 2000). Ej. En la Comunidad Valenciana existe la denominada compraventa de naranja a ojo (*a ull*) en la que el comerciante, antes del verano, compra al agricultor a tanto alzado la cosecha de naranja que tiene recogerse partir del otoño.

El primer supuesto se trataría de un contrato *conmutativo* mientras que en el segundo sería *aleatorio*.

2º *Licitud.* La cosa vendida ha de tratarse de lícito comercio (*res intra comercium)* a tenor de lo establecido en el mencionado art. 1.271 cc. Lo que supone que no sería válida una compraventa cuyo objeto fuera droga o armas.

3º *Cosa determinada o determinable*. El art. 1.445 exige que la cosa sea determinada; si bien no se exige que lo sea en el preciso momento del contrato, lo que exige es que lo sea sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes (Castán, 1992). Lo único exigible es que queden sentados en el contrato los criterios de determinación futura, bien sean de tipo objetivo (por referencia a una cosa o circunstancia) o subjetivos (por encomendarla a una persona) (Lacruz, 1999).

4º *Propiedad de la cosa.* El Código guarda silencio respecto a si el vendedor ha de ser propietario de la cosa vendida. La mayoría de la doctrina estima que no es necesario que el vendedor sea el propietario; esto es así porque este contrato es meramente productor de obligaciones, puesto que por sí solo, sin la tradición, no transmite la propiedad de la cosa vendida. La compraventa solamente genera la obligación de entrega de la cosa y si el comprador en el momento de la perfección de contrato no es propietario siempre puede adquirirla posteriormente y cumplir con la obligación de su entrega (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Además la usucapión permite sanar el efecto de la ineficacia de la venta por la ajenidad de la cosa (Lacruz, 1999).

Este es un punto muy polémico y tanto en la doctrina como en la jurisprudencia podemos encontrar opiniones totalmente enfrentadas con relación a la compraventa de cosa ajena.

La sts 17 enero 2007 (rja 34) sí que admite la compraventa de cosa ajena al establecer que: «la compraventa de cosa ajena aparece admitida por la doctrina científica y por la jurisprudencia, teniendo como límite la validez de esta venta el supuesto en que medie engaño por parte del vendedor, en cuyo caso cabría la anulabilidad por dolo, existiendo en otro caso (lo que aquí se reclama) la posibilidad de la correspondiente indemnización (id quod interest) si la cosa no llega a entregarse (Sentencias 3 de julio [rj 1981, 3043] y 31 de diciembre de 1981 [rj 1981, 5358], 25 de junio de 1993 [rj 1993, 5384])».

2.2.2. El precio

Los requisitos del precio son los siguientes:

1º El precio de la compraventa ha de ser cierto: «... en dinero o signo que lo represente» (art. 1.445). La certeza del precio no significa que esté determinado en el momento de celebrarse el contrato, sino que el mismo se pueda determinar sin necesidad de un nuevo convenio para determinarlo (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La inexistencia de precio (incluso el precio irrisorio) determina la ausencia de causa y ocasiona la nulidad absoluta del negocio de compraventa (Lacruz, 1999). Así sucede en las compraventas simuladas que en realidad encubren una donación porque no existe precio.

2º El precio ha de ser determinado. No obstante, el Código admite que el mismo puede determinarse: bien en referencia a una cosa cierta (art. 1.447) o bien dejándose al arbitrio de un tercero (art. 1.447) (Castán, 1992).

3º El precio ha de tener carácter pecuniario, en dinero o signo que lo represente; dentro de esta última expresión se comprenden todos aquellos documentos o títulos que incorporen créditos dirigidos específicamente al pago de una suma de dinero (López y López, 1994). Ej. Tarjeta de crédito, cheque, letra de cambio, pagarés u otros títulos valores.

En el supuesto en que el precio consistiese en la entrega de una cosa nos encontraríamos ante una permuta y no ante un contrato de compraventa. La falta de precio determinará la nulidad de la compraventa.

En ese sentido la sts 28 septiembre 2006 (rja 8718), con cita de otras, establece que: «en las compraventas la ausencia de precio determina falta de causa y ocasiona la nulidad absoluta, conforme al artículo 1.275 del Código Civil». En el caso de que se ocupaba señalo que «la sentencia recurrida declara la nulidad de la venta operada entre los esposos precisamente por no haber mediado efectivo precio, ya que el que figura en la escritura de 15 de junio de 1987, ni se desembolsó, ni se percibió, tratándose solo de precio formal y aparente, sin consistencia material ni jurídica alguna».

4º No se admite como requisito del precio el que este sea justo sino que se permite que sea fijado libremente por las partes.

En ese sentido la sts 23 febrero 2007 (rja 658) establece que: «ni siquiera es requisito del contrato que el precio elemento del mismo sea justo; sí lo era en el Derecho romano que permitía la acción de rescisión por *laesio enormis*, pero el Código Civil en este extremo siguió el criterio germánico ya recogido en el Proyecto de 1851; no exige que el precio sea justo, sino es el que han pactado las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad prescindiendo del valor real de la cosa (así lo dicen las sentencias de 19 de abril de 1990 [rj 1990, 2731], 16 de mayo de 1990 [rj 1990, 3733], 20 de julio de 1993 [rj 1993, 6166], 13 de diciembre de 1996 [rj 1996, 9017], 5 de marzo de 1997 [rj 1997, 1649])».

2.3. Elementos formales

La compraventa por tratarse de un contrato consensual, se perfecciona por el mero consentimiento y no está sujeta a ningún requisito de forma, por lo que se le aplicará con carácter general lo estipulado en los arts. 1.278 a 1.280 del CC (Castán, 1992). De modo que la compraventa de una casa será tan válida si se realiza verbalmente como si se efectúa mediante escritura pública.

Lo anterior no es impedimento para que el otorgamiento de escritura pública sea requisito esencial de la compraventa, cuando las partes pacten que hasta que se otorgue aquella no se perfeccione el contrato. Además, en el caso de la compraventa de bienes inmuebles a las partes siempre les asiste la posibilidad de compeler a la contraparte a elevar el documento de compraventa a escritura pública (art. 1.279 CC).

Sí que se exige el requisito de forma en algunas de las denominadas compraventas de consumo: el art. 3 Ley 26/1991, de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, exige que el contrato o la oferta contractual se formalice por escrito en doble ejemplar, acompañarse de un documento de revocación e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor.

3. MOMENTO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

3.1. La perfección

La concurrencia de todos los elementos personales, reales y formales determina la perfección del contrato. El momento de la *perfección* del contrato es el de la *prestación del consentimiento*. El art. 1.450 establece que «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado».

Una excepción a esta regla son los casos en los que las partes someten la compraventa a *condición suspensiva* de modo que esta no se perfeccionará hasta el momento del cumplimiento de la condición (Castán, 1992). Ej. Compraventa de terrenos condicionada a que se recalifiquen los mismos y se pueda edificar en los mismos.

3.2. Consecuencias de la perfección

La perfección de la compraventa supone la exigibilidad de los derechos y obligaciones específicos de ese contrato, es decir, la entrega de la cosa y el precio. Además se producen los siguientes efectos (Lacruz, 1999):

a) El comprador tiene derecho a los frutos de la cosa desde el día en que era exigible la cosa (arts. 1.468 y 1.095)
b) Los riesgos de pérdida de la cosa se transfieren del vendedor al comprador desde ese instante (art. 1.452 CC).

3.3. La promesa de venta

La promesa de vender o comprar es una de las pocas manifestaciones del precontrato que está regulada en el CC.[1] El art. 1.451 CC establece que «la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro».

El art. 1.451 comprende dos situaciones o supuestos: las promesas unilaterales por la que una persona se obliga a comprar a otra persona y la promesa bilateral por la que se generan obligaciones de comprar y vender para ambas partes (LACRUZ, 1999).

La STS 11 junio 1998 ha distinguido entre la compraventa y la promesa de venta, contemplando a esta última como «un precontrato en cuya virtud las partes se comprometen a celebrar una compraventa que no quieren o no pueden concluir en el momento de celebración de la promesa. La STS 20 abril 2001 (RJA 6886) ha establecido que el « precontrato como contrato preliminar o preparatorio que, en cuanto orientado a una compraventa, tiene un régimen distinto del de la compraventa misma [...]».

4. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR: LA ENTREGA

Las dos principales obligaciones del vendedor son la entrega y el saneamiento de la cosa vendida (art. 1.461).

4.1. La entrega de la cosa o tradición

La entrega de la cosa significa ponerla en poder y posesión del comprador (art. 1.462) y tiene por objeto poner al comprador en condiciones de obtener de la cosa el provecho que corresponde al propietario (BORDA, 1993). Al acto de la entrega se le denomina tradición o modo. En nuestro ordenamiento jurídico la concurrencia de la entrega de la cosa (modo) y el contrato (título) produce como efecto de la transferencia de la propiedad (art. 609 CC).

Así la STS de 22 diciembre (RJA 2000\10136) establece que:

> para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1.095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite estas en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del art. 1.462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato.

1. *Vid. Supra* 3. EL PRECONTRATO en el tema: «Preparación y perfección del contrato».

4.2. Clases de tradición

Aunque la tradición supone la entrega material de la cosa, la puesta de la cosa «poder y posesión» del comprador, sin embargo, en el Código podemos encontrar otras formas espiritualizadas que se asimilan a la entrega. Las modalidades de tradición que podemos encontrar en el CC son las siguientes (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

1º *Traditio* real: Es la entrega real y efectiva, una entrega material, que puede tener varias facetas: la aprehensión u ocupación de un inmueble y el «paso mano a mano» de los muebles. Lo que el Código Civil llama «puesta en poder y disposición» (art. 1.462-1º).

2º *Traditio* simbólica o *traditio ficta*, cuando la transmisión del dominio no ligada al traspaso material de la cosa, sino a la *entrega de una cosa accesoria.*

a) La entrega de llaves del lugar en que se hallen guardados los muebles (art. 1.463), aunque también cabría ampliar extender este supuesto a la entrega de llaves de los inmuebles.
En ese sentido la STS de 14 marzo de 2003 (RJ 2003\2747) establece que: «Las fórmulas reducidas de tradición que refiere el artículo 1.462 del Código Civil no son *numerus clausus* y comprende diversas modalidades como son la entrega de llaves».

b) La entrega de los documentos de pertenencia del art. 1.464 CC o el supuesto del art. 1.462-2º –tradición cartular– referido a los bienes incorporales.

3º Acuerdo de las partes. Al referirse a la tradición de bienes muebles el art. 1.463 dice que la tradición se efectuará por el solo *acuerdo o conformidad de los contratantes*, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la compraventa, o si el comprador ya la tenía en su poder por algún otro motivo *(brevi manu)*.

4º Otorgamiento de escritura pública o tradición cartular. Según el art. 1.462 el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa «si de la misma... no resultare o se dedujere lo contrario». El precepto es aplicable tanto a los bienes muebles como a los inmuebles.

4.3. Otras reglas sobre la entrega

La cosa ha de ser entregada en el estado en que se hallaba al celebrarse el contrato (art. 1.468) y con todo lo que se haya expresado en el mismo; además, los frutos desde tal momento, pertenecen al comprador (arts. 1.468 y 1.469). Asimismo han de entregarse los accesorios de la cosa aunque no hayan sido determinados en el contrato (art. 1.097) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Asimismo se incluye en la obligación de entrega la de los títulos de pertenencia y la documentación precisa (por ejemplo, para inscribir en el Registro de la Propiedad, o en ciertas máquinas o vehículos, para poder ser usados); dicha obligación no se recoge explícitamente en el Código, pero se deduce del artículo 1.258 CC (O'Callaghan, 2005).

Los gastos de entrega de la cosa vendida son de cuenta del vendedor; los de su transporte o traslación a otro lugar, son de cuenta del comprador (art. 1.465).

4.4. Los defectos y excesos de cabida

El CC establece una serie de reglas que solo son de aplicación a los inmuebles, para el caso en que se produzcan diferencias entre la cabida real y la pactada. Las reglas variarán según que la finca se haya vendido por unidad de medida y señalando su cabida. En cuyo caso el vendedor tiene obligación de entregar esa misma cabida.

A) Defectos y excesos de cabida en inmuebles vendidos por unidad de medida:

La disminución de cabida aparece regulada en el artículo 1.469-2º: «... Si la venta de bienes inmuebles se hubiese hecho con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número, tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si este lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato; pero si esto no fuere posible, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio o la rescisión del contrato, siempre que en este último caso, no baje de la décima parte de la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble [...]».

El aumento de cabida es contemplado en el artículo 1.470 CC.: «Si, en el caso del artículo precedente, resultare mayor cabida o número en el inmueble que los expresados en el contrato, el comprador tendrá la obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida o número no pasa de la vigésima parte de los señalados en el mismo contrato; pero, si excedieren de dicha vigésima parte, el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble, o desistir del contrato».

En el caso de que el problema no fuera de cabida sino de calidad, se aplicarán idénticos criterios al aumento o disminución de cabida (art. 1.469-3 CC).

B) Defectos y excesos de cabida en inmuebles vendidos por precio alzado y como cuerpo cierto. Este supuesto aparece regulado en el artículo 1.471 CC: «En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato...».

Las acciones que nacen de los tres artículos anteriores prescribirán a los seis meses, contados desde el día de la entrega (art. 1.472).

5. EL SANEAMIENTO

5.1. Concepto

El Código se ocupa del saneamiento en el Libro IV, Título IV («Del contrato de compra y venta»), dentro del Capítulo IV («De las obligaciones del vendedor»), Sección tercera («del saneamiento») y dentro del mismo distingue entre: *a*) saneamiento en caso de evicción y *b*) saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida.

El *saneamiento* es una obligación complementaria a la de entrega; según se establece en el art. 1.461 al decir que: «El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta»; esta disposición es desarrollada por el art. 1.474 CC que establece que:

> En virtud del saneamiento... el vendedor responderá al comprador:
>
> 1º de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida.
> 2º de los defectos o vicios ocultos que tuviere.

El vendedor tiene el deber de entregar la cosa en el estado físico y jurídico que las partes presuponían al contratar. Lo que supone que el vendedor ha de garantizar al comprador frente a las perturbaciones de la titularidad adquirida, asimismo ante los defectos con los que no se hubiera contado ni si hubiera podido razonablemente contar. La expresión saneamiento significa hacer la cosa sana, lo que constituye una prolongación del deber de entrega y la garantía de su efectividad jurídica y económica (Lacruz, 1999).

El Código al regular el saneamiento, en los arts. 1.474 a 1.499, lo hace como un remedio y una responsabilidad objetiva que prescinde de la culpa del vendedor; la existencia de culpa únicamente agrava la responsabilidad de aquel (art. 1.478-5º) (Lacruz, 1999).

El saneamiento no solo es un efecto característico de la compraventa, sino que es aplicable en general a los contratos traslativos de dominio a título oneroso como sucede con la permuta (art. 1.540) y la donación onerosa (art. 638) (Castán, 1992). También es aplicable a otros contratos como el arrendamiento (art. 1.533), la enfiteusis (art. 1.463), la sociedad (art. 1.681), y las particiones hereditarias (art. 1.069 y 1.071).

5.2. Saneamiento por evicción

5.2.1. Concepto

La expresión evicción proviene del latín *evincere*, (vencer en juicio) y significa, la pérdida de un derecho como consecuencia de una sentencia condenatoria (Castán, 1992).

El fundamento de la evicción se encuentra, según Lacruz (1999), en que si el Código no exige al vendedor transmitir la propiedad de la cosa, y consiente la venta de cosa ajena, impone al menos la obligación de garantizar al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (art. 1.474-1º).

La evicción que da lugar a la obligación de saneamiento, es según el art. 1.475 la «privación (de todo o parte) de la cosa que había adquirido el comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la venta». Ej. A vende y entrega una finca B, pero poco después C, inicia un pleito y obtiene una sentencia favorable en la que se le reconoce como el verdadero propietario desde hace años y que la finca ha sido vendida sin su conocimiento.

5.2.2. Requisitos

Para que tenga lugar la obligación de saneamiento por evicción, se exigen los siguientes requisitos:

a) la privación de la cosa, que puede ser total o parcial;
b) que lo sea por sentencia firme;
c) que se notifique la interposición de la demanda de evicción al vendedor (la demanda se interpone contra el comprador, pero este la debe notificar al vendedor: arts. 1.481 y 1.482).
d) que todo ello se produzca en base a un derecho adquirido con anterioridad a la entrega de la cosa.

5.2.3. Efectos

Concurriendo los anteriores requisitos, el vendedor debe cumplir su obligación de saneamiento, a no ser que antes del contrato se haya renunciado a ello por el comprador (arts. 1.476 y 1.477), puesto que la obligación por saneamiento es de carácter dispositivo.

En caso de evicción total (art. 1.478) el vendedor deberá restituir al comprador: el precio de la cosa, gastos del contrato si los había pagado el comprador, frutos de la cosa si el comprador ha sido condenado a entregarlos al que reclamó la cosa y costas del proceso si el comprador ha sido condenado a pagarlas en el proceso de evicción; si el vendedor había obrado de mala fe, le pagará también los daños intereses y gastos voluntarios.

En caso de evicción parcial (art. 1.479), el comprador tiene los mismos derechos que en la evicción total pero en proporción a la parte perdida de la cosa; pero si se ha perdido una parte tal importancia al resto de la cosa que sin ella no la hubiese comprado, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato.

5.3. Saneamiento por gravámenes ocultos

El Código en el art. 1.483 regula el supuesto de que la cosa vendida presente un gravamen (servidumbre, usufructo) oculto: «Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deberá presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente».

Los requisitos para la obligación de saneamiento por el gravamen oculto son los siguientes (Castán, 1992):

a) Que el gravamen esté constituido por con alguna carga o servidumbre, por lo que en principio se refiere solo a cosa inmueble y que esta carga o gravamen sea un derecho real.

b) Que la carga o gravamen sea oculta, lo que implica que no se mencione en el contrato de compraventa, ni la conozca el comprador, ni sea aparente, ni esté inscrita en el Registro de la Propiedad (que se presume conocido por todos).

c) Que deba presumirse que no habría adquirido la cosa el comprador de haber conocido la existencia del gravamen.

El comprador de la cosa con gravámenes ocultos dispone, a su elección de dos acciones: la de rescisión del contrato (*acción redhibitoria*) o la de indemnización, que será el valor del gravamen que tiene que soportar (*acción estimatoria*).

El plazo para tales acciones es de caducidad, de un año, a contar desde la celebración del contrato.

Transcurrido el año solo podrá ejercitar la acción de indemnización, contando con un plazo de un año que se contará no desde el final del plazo anterior sino desde el descubrimiento del gravamen (Lacruz, 1999).

5.4. Saneamiento por vicios o defectos ocultos

5.4.1. De cosas

La presencia oculta, en la cosa vendida, de defectos desconocidos por el comprador (ej. Coche que no funciona bien por defectos en algunas piezas, animal con una enfermedad no manifiesta en el momento de comprarlo), comporta un incumplimiento (o incumplimiento defectuoso) que puede dar lugar incluso a la resolución del contrato por aplicación de las normas generales del art. 1.124 cc o incluso por error o dolo en la compraventa si se estuviese ante uno de esos supuestos (Lacruz, 1999). Nuestro ordenamiento, adicionalmente a lo establecido en el art. 1.124 cc impone al vendedor una obligación específica de saneamiento para estos casos. Si bien la nota diferenciadora con el incumplimiento contractual será la de establecer una responsabilidad objetiva ajena a la idea de culpa (art. 1.485-1º y 1.486-2º) (Lacruz, 1999).

El código define los vicios ocultos en el art. 1.484: «El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos».

El fundamento del saneamiento por vicios o defectos ocultos se encuentra en que el vendedor debe proporcionar también la posesión de la cosa de acuerdo con su apariencia, es decir, las características aparentes de la cosa vendida, lo que supone que no tenga vicios ocultos (art. 1.484) (O'Callaghan, 2005).

a) Requisitos para el saneamiento de los vicios ocultos (Lacruz, 1999):

1º Que trate de vicios o defectos de la cosa, por vicio se entiende aquella anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad. Los arts. 1.484 y siguientes solo se aplican a los vicios o defectos de la cosa, pero no a aquellos supuestos de inhabilidad del objeto entregado, o que causen una total insatisfacción del comprador o por ineptitud del objeto para el desempeño de la función que motivó su adquisición, situaciones que la jurisprudencia considera como prestación diferente (*aliud pro alio*) a las que deberá aplicarse las normas del incumplimiento total o incumplimiento inexacto (art. 1.124 cc).

El concepto de *aliud pro alio* aparece definido en la sts 9 marzo 2005 (rja 2219) cuando establece que:

> Por una parte, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido siempre que se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin que se destina, lo que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil (Sentencias de 30 de noviembre de 1972, 24 de abril de 1973, 21 de abril de 1976, 20 de diciembre de 1977 y 23 de marzo de 1982 [rja 1500]), pues, como puntualiza la Sentencia de 20 de febrero de 1984 (rja 693), la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio. Así lo resume la Sentencia 7 enero 1988 (rja 117).

2º *Que el vicio sea oculto,* que significa que la cosa vendida tenga un defecto no manifiesto, que no lo conozca el comprador ni deba conocerlo por estar a la vista o por razón de su profesión u oficio.

3º *Que el vicio sea grave*, en el sentido de que: *a*) la cosa sea impropia para el uso a que se la destina o *b*) disminuya de tal modo su valor (ese uso) que, de haberlo conocido el comprador, no la habría comprado o habría pagado menor precio.

4º *Que el vicio sea preexistente*, es decir, que exista ya en el momento en que se celebra el contrato de compraventa.

Las partes pueden pactar la renuncia a la responsabilidad por vicios ocultos, pero este pacto es nulo si el vendedor conocía los vicios (art. 1.485-2º).

b) *Efectos del saneamiento por vicios ocultos.* Si se da la situación con los requisitos vistos, el comprador tiene dos opciones frente al vendedor (O'Callaghan, 2005):

1ª puede resolver el contrato (acción redhibitoria), lo que comportará la devolución del precio y los gastos. En el caso de que el vendedor hubiera tenido mala fe (conocía los vicios ocultos y no los manifestó al comprador) además se le indemnizarán daños y perjuicios (art. 1.486-1º cc).

2ª puede exigir que se le rebaje una cantidad proporcional del precio (acción estimatoria) (art. 1.486) y si la cosa llegó a perderse por causa de los vicios ocultos, el comprador puede exigir que se le devuelva el precio y los gastos, y si hubo mala fe del vendedor, indemnización de daños y perjuicios (art. 1.487).

El plazo para el ejercicio de estos derechos (es decir, de las acciones redhibitoria y estimatoria) es el de caducidad de seis meses, desde la entrega de la cosa vendida (art. 1.490). Este reducidísimo plazo se ha convertido en el talón de Aquiles de esta figura, lo que ha motivado que compradores a los que se les ha pasado el plazo intenten ejercitar la acción de incumplimiento ex art. 1.101 alegando ineptitud total del bien comprado (*aliud pro alio*).

5.4.2. Saneamiento por vicios ocultos de animales y ganados

En los arts. 1.491 y siguientes del cc se trata de forma separada los vicios ocultos de los ganados y animales. En este supuesto se distingue entre vicios que dan lugar a la anulación del contrato y los propiamente redhibitorios.

A) Vicios que anulan la venta. El art. 1.494 establece que: «No serán objeto del contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos será nulo.

También será nulo el contrato de venta de los ganados y animales, si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo».

Según el art. 1.498 cc: «Resuelta la venta, el animal deberá ser devuelto en el estado en que fue vendido y entregado, siendo responsable el comprador de cualquier deterioro debido a su negligencia, y que no proceda del vicio o defecto redhibitorio».

B) Vicios redhibitorios. En este sentido el art. 1.495 cc dice que: «Cuando el vicio oculto de los animales, aunque se haya practicado reconocimiento facultativo, sea de tal naturaleza que no basten los conocimientos periciales para su descubrimiento, se reputará redhibitorio».

Lo que supone que podrá obtener una rebaja proporcional del precio.

6. VICIOS OCULTOS EN LAS COMPRAVENTAS DE BIENES DE CONSUMO

La normativa del Código Civil sobre vicios ocultos ya no se aplica a los bienes de consumo desde la publicación de la Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Esta ley es el resultado de la transposición al Derecho español de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo.

La Ley 23/2003 ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El nuevo texto legal mantiene el mismo régimen en los arts. 114 a 1.124. La nueva regulación incide, de una parte, en el régimen de los vicios de la compraventa, contemplado en los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, y, de otra, en la regulación de la garantía comercial contenida en los artículos 11 de la LGDCU, y 12 de la ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM). El régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil no resulta formalmente alterado, con la publicación y entrada en vigor de la nueva ley; si bien reduce sensiblemente el ámbito de aplicación de las normas del Código Civil en este campo al crearse un régimen propio aplicable a la compraventa civil de bienes de consumo celebrada entre consumidores y vendedores profesionales, lo cual (Rubio Torrano, 2003).

El art. 114 establece que: «El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto». El art. 115 establece su ámbito de aplicación, y aunque no se refiere expresamente a bienes muebles corpóreos, se deduce que se trata de esta clase de bienes al establecer que: «1. Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse» y «2. Lo previsto en este título no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente».

La ley dispone que los productos de consumo sean conformes al contrato de compraventa. En el art. 116.1 se establecen una serie de presunciones de conformidad.

La falta de conformidad hace responsable al vendedor, reconociendo al comprador-consumidor –en los términos de la ley– el derecho a la reparación del bien, a su sustitución, a la rebaja del precio y a la resolución del contrato (artículo 118). La falta de conformidad concede al consumidor la facultad de optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada (art. 119); tanto una como otra serán gratuitas para el consumidor (art. 120. a).

La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor, cuando este no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia (art. 121).

Así pues, el régimen de la resolución por incumplimiento del artículo 1.124 CC queda igualmente «retocado» en los supuestos de la nueva ley. El vendedor, en todo caso, responderá de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega (art. 123 de la ley); la acción para reclamar prescribirá a los tres años desde la entrega del bien (Rubio Torrano, 2003).

En el TRLCU se regula una garantía comercial adicional que los empresarios pueden ofrecer voluntariamente (arts. 125 a 127).

7. OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

La principal obligación del comprador es la de pagar un precio cierto por la cosa (arts. 1.445 y 1.500), si bien no es la única obligación puesto que además está obligado: a pagar intereses en los supuestos del art. 1.501; a recibir la cosa vendida, como deber de colaboración al cumplimiento de la correlativa obligación del vendedor (en caso contrario incurre en mora accipiendi); a satisfacer ciertos gastos (Lacruz, 1999). El Capítulo V, de la compraventa, figura en el Código Civil bajo el epígrafe «De las obligaciones del comprador».

7.1. El pago del precio

La obligación de pago del precio es la principal para el comprador (arts. 1.445 y 1.500), hasta el punto de que si se sustituye por otra prestación el contrato deja de ser de venta para convertirse en donación, permuta, etc. (Lacruz, 1999).

El pago, de acuerdo con el art. 1.500, se debe hacer en el tiempo y lugar fijados en el contrato y si nada se ha pactado, en el tiempo y lugar donde se haga la entrega de la cosa vendida. (O'Callaghan, 2005). No obstante, mediante pacto puede anticiparse o aplazarse ese pago respecto del momento de la entrega de la cosa; asimismo puede pactarse que la cosa, si su naturaleza lo admite, se entregue de forma fraccionada (Lacruz, 1999).

7.2. El pago de intereses

El comprador, según el art. 1.501, debe pagar intereses por el tiempo que medie entre la entrega y el pago del precio en tres casos: 1º. Si así se hubiera convenido. Es el caso en que se compra algo y se aplaza el pago del precio, pero con el recargo de intereses que en este caso son «convencionales». 2º. Si la cosa vendida, y entregada produce fruto o renta. Son los «intereses compensatorios». 3º. Si el comprador se hubiera constituido en mora. Son los intereses moratorios, consecuencia de la aplicación de la norma general contenida en los artículos 1.100 y 1.108.

Este precepto carece de aplicación práctica cuando la cosa y el precio se entregan simultáneamente (Lacruz, 1999).

7.3. El pago de gastos

Según el art. 1.465: «Los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial». El comprador también debe pagar, salvo pacto en contrario, los gastos de primera copia de la escritura (los de la escritura son a cargo del vendedor) y los demás posteriores a la venta (art. 1.455) como el de inscripción en el Registro de la Propiedad. También debe pagar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados y el iva.

7.4. Suspensión del pago del precio

El comprador puede suspender la entrega del precio en el supuesto contemplado por el artículo 1.502. Si antes de pagar el precio, el comprador fuese perturbado en la posesión o dominio de la cosa que ya hubiera recibido o tuviera fundado temor de serlo, puede suspender el pago del precio, a no ser que se hubiese pactado la exclusión de este derecho (art. 1.502) (O'Callaghan, 2005).

Según Lacruz (1999), la razón de ser de este precepto ese encuentra en la recíproca interrelación entre las dos prestaciones principales de la compraventa y, en el sinalagma funcional del que deriva la excepción de contrato no cumplido.

En mi opinión, la suspensión del pago precio por el comprador constituye la otra cara de la moneda, del derecho del vendedor a no entregar la cosa que establece el art. 1.467 cc: «Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido».

8. LAS GARANTÍAS DEL VENDEDOR

8.1. La resolución por peligro de pérdida de la cosa y del precio

Según el art. 1.503 cc: «Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1.124». Según Díez-Picazo y Gullón (2001), este precepto es una excepción al art. 1.124 cc puesto que el incumplimiento todavía no ha tenido lugar y, sin embargo, se faculta al vendedor para que pueda solicitar la resolución del contrato.

8.2. La resolución de la compraventa de inmuebles por incumplimiento del comprador

8.2.1. El pacto comisorio

El art. 1.504 cc establece que: «En la venta de bienes inmuebles aun cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirar el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el juez no podrá concederle nuevo término».

El art. 1.504 parte de la existencia de un «pacto comisorio» en la compraventa,[2] el cual consiste en una condición resolutoria expresa por la que se establece que la falta de pago del precio en

2. El pacto comisorio cuando se inserta en los contratos de garantía (prenda, anticresis o hipoteca) tiene unas connotaciones más gravosas, puesto que en caso de incumplimiento del deudor permite al acreedor a apropiarse completa y definitivamente de la cosa mueble o inmueble dada en garantía. Esta modalidad de pacto comisorio está prohibido por los arts. 1.859 y 1.884 cc. En este sentido se manifiesta, entre otras, la sts 2 febrero 2006 (rja 494).

el plazo (o plazos) establecido producirá de forma automática la resolución de la compraventa (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Aunque el precepto contempla el pacto de *lex commissoria* en realidad lo está dejando vacío puesto que lo convierte en ineficaz al no permitir la resolución automática. El cc lo que ha es conceder un nuevo plazo al deudor que podrá cumplir mientras no sea requerido, judicial o extrajudicialmente de pago (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En realidad más que concederle un nuevo plazo está prolongado el inicial que se le había concedido.

El art. 1.504 se aplica a todos los supuestos de compraventa de inmuebles, aun cuando las partes no hayan incluido expresamente un pacto comisorio (García Cantero, 1991).

En este sentido la sts 24 febrero 2006 (rja 1563) admite la aplicación del artículo 1.504, cuando sea inmueble el objeto de la venta, según el cual, aun cuando exista pacto comisorio expreso, podrá pagar el deudor mientras no sea requerido judicial o notarialmente, lo que es un beneficio para el comprador, quien, a pesar de su incumplimiento o falta de pago en el plazo aceptado, tiene una posibilidad de cumplir salvo que medie el aludido requerimiento.

La sts 21 diciembre 2004 (rja 8137) mantiene que «la acción del artículo 1.504 del Código Civil no requiere un pacto expreso [de lex comisoria], como se deduce de la propia dicción legal («aunque se hubiere estipulado») lo que implica la posibilidad de que tenga virtualidad aunque no exista convención expresa».

El pacto de *lex commisoria* es inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 11 lh), por lo que es oponible a todo comprador del inmueble (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Establece este precepto que: «La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita [...]» .

En mi opinión el art. 1.504 cc está vetando al vendedor la posibilidad de hacer uso de la «mora automática» que contempla por el art. 1.100 cc al establecer que: «no será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente». El art. 1.504 exige al vendedor una intimación –judicial o notarial– al pago que es más gravosa que la contemplada en el citado art. 1.100 que no exige una forma determinada para la intimación a la mora.

8.2.2. Relación con el art. 1.124 cc

La resolución ex art. 1.504 concede al vendedor una posibilidad de resolución que se aleja del régimen general que el art. 1.124 establece para toda clase de contratos bilaterales (Lacruz, 1999). El ts en varias resoluciones ha puesto de manifiesto la relación entre ambos preceptos:

a) el art. 1.504, en cuanto norma especial, es de aplicación preferente respecto del 1.124 que es la norma general (Lacruz, 1999). La ssts 2 febrero 2005 (rja 1552), señala que:

> Frente a la generalidad del artículo 1124, el artículo 1.504 se considera como una norma especial, aplicable a determinados contratos de compraventa y a determinada forma de cumplimiento; no obstante, ambos preceptos no se encuentran totalmente desvinculados uno de otro, al ser aplicación de una misma facultad resolutoria. Aún tratándose de preceptos complementarios, existen diferencias entre ellos que justifican la aplicación excluyente del artículo 1.504.

b) que ambos preceptos son complementarios: el 1.504 es la especie concreta para la venta de inmuebles, de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones establece el art. 1.124, funcionando el requerimiento de aquel como un *plus* para garantía del comprador sobreañadido al supuesto de la regla general del 1.124 (Lacruz, 1999).

Así la sts 3 abril 2007 (rja 1756) «el pacto comisorio contemplado en el artículo 1.504 del Código Civil, precepto que complementa al artículo 1.124 del mismo cuerpo legal cuando se trata de compraventa de inmuebles, constituye, como dice la Sentencia de 5 de diciembre de 2003, una garantía para el vendedor».

8.2.3. Requisitos o presupuestos para la producción del efecto resolutorio

a) Que se trate de venta con precio aplazado (total o parcialmente). Puesto que si la entrega del precio tiene lugar al mismo lugar que la de la cosa (pago al contado) no tiene razón de ser el pacto comisorio (Lacruz, 1999).

b) Que haya falta de pago, total o parcial, del precio en el tiempo convenido (Lacruz, 1999). La jurisprudencia más reciente ha suavizado los requisitos del incumplimiento, así la sts 31 enero 2007 [rja 707] establece que «la acción resolutoria prevista en el artículo 1.504 cc, no exige la existencia de una actitud dolosa o deliberadamente rebelde, sino que basta con que se produzca una frustración del fin económico del contrato para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria; y, centrándose en el supuesto que constituye el objeto de este proceso se dejó sentado que hubo un incumplimiento del comprador, que frustró la finalidad económica del contrato, al dejarse de pagar más de la mitad del precio pactado».

c) Haber cumplido el vendedor puntualmente las obligaciones de su cargo, tal como se exige para la resolución ex art. 1.124, «por ser el 1.504 una particular aplicación de este» (Lacruz, 1999)

d) Un requerimiento, judicial o notarial, del vendedor al comprador, realizado una vez haya expirado el plazo previsto para el pago del precio, por el que se le manifiesta que ha decidido optar por la resolución (Lacruz, 1999). El requerimiento es siempre exigible aun cuando no haya sido pactado expresamente por las partes.

La sts 2 febrero 2005 (rja 1552) establece que: «El artículo 1.504 exige como requisito necesario para la resolución la existencia de una voluntad resolutoria manifestada al comprador a través del requerimiento judicial o por acta notarial. Tal requerimiento no se dirige a provocar el pago del precio sino la resolución del contrato; por ello no son idóneos a los efectos de este artículo aquellos requerimientos que contienen una intimación al cumplimiento o pago del precio, si bien la voluntad resolutoria puede estar condicionada al pago en un breve plazo».

No obstante, el vendedor, igual que sucede en el art. 1.124, podrá optar entre la resolución o el cumplimiento del contrato mediante la percepción del precio aplazado.

e) En algunas sentencias se ha suavizado la exigencia de que en el requerimiento expresamente se exija la resolución, puesto que se entiende que el requerimiento aunque sea de pago en el fondo tiene una eficacia resolutoria. Incluso se ha admitido que el comprador en el requerimiento pueda ofrecer al comprador un nuevo plazo, y que una vez vencido este ya no será necesario una nueva intimación, considerándose automáticamente resuelto el contrato.

La STS 20 septiembre 2006 (RJA 8401) admite que el requerimiento notarial haya contenido una intimación al pago de la parte del precio pendiente, concediendo un breve plazo para ello, transcurrido el cual habría de entenderse producida la resolución contractual, pues ya desde hace tiempo esta Sala ha declarado que la inserción en el requerimiento de resolución de otro de previo pago, esto es, una intimación previa de pago del precio, no le priva de su eficacia obstativa y resolutoria.

La STS 31 enero 2007 (RJA 707) establece que el «requerimiento» como expresión formal de la voluntad del vendedor de dar por resuelto el contrato, pero sin que la eficacia de tal presupuesto material se vea truncada por la existencia de «conversaciones posteriores a la notificación al comprador, mientras no fructifiquen en un acuerdo, al que no consta que se haya llegado» como puntualizó la Sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9429), pues es necesario significar que el requerimiento resolutorio tiene una validez permanente mientras no se deje sin efecto, bien por convención de las partes, bien por unilateral decisión o actos propios del vendedor, teniendo reiterado la Jurisprudencia que, incluso, puede admitirse la concesión de un plazo al comprador para cumplir su obligación de pago (Sentencias, entre otras, de 26 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2446], de 21 de junio de 1996 [RJ 1996, 5109], y de 18 de octubre de 2004 [RJ 2004, 6571]).

8.2.4. Efectos

Una vez realizado el requerimiento en la forma indicada, se producen los efectos resolutorios sobre la compraventa (García Cantero, 1991). No obstante, el vendedor pude otorgar voluntariamente una nueva prórroga.

Los efectos de la resolución del contrato se rigen por las reglas generales del art. 1.124 CC, lo que supone que las partes tendrán que restituirse recíprocamente las cosas y prestaciones recibidas con sus frutos y el precio con los intereses. En ocasiones la restitución de la cosa exige el desalojo del inmueble al objeto de que se reintegre al demandante en la posesión y dominio de la vivienda.

En cuanto a la devolución del precio, si el comprador ha estado ocupando el inmueble, el comprador no está obligado a devolverle íntegramente el precio puesto que cabe deducir del mismo el equivalente a lo que se habría pagado por un arrendamiento.

Así la STS 27 junio 2006 (RJA 5968) establece que: «dado que los compradores han tenido el uso y goce del inmueble objeto de la compraventa, no pueden ser reintegrados de la totalidad del precio que han pagado para su adquisición, pues comportaría un enriquecimiento injustificado. Por tanto, únicamente tendrán derecho al reintegro, dentro de los límites de 4.700.000 ptas., de lo que exceda de la cantidad a que ascendería el arriendo de un inmueble de análoga calidad y situación local a lo vendido durante el tiempo en que han estado en su posesión».

Si en el pacto comisorio se estipuló la pérdida de los plazos ya abonados, habrá que estar a lo pactado, si bien al considerarse este pacto como una cláusula penal cabrá la moderación judicial (García Cantero, 1991).

La resolución producirá efectos resolutorios con carácter retroactivo al momento de celebración del contrato (García Cantero, 1991).

Así, la STS 20 septiembre 2006 (RJA 8401) establece que: «El incumplimiento de la obligación de pago, siempre básico y esencial, produce el efecto de resolver el contrato de compraventa

con efectos *ex tunc*, retornando a la situación jurídica preexistente, como si el negocio no se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido. Sentencias de 11 de junio de 1991 (RJA 4444), 24 de julio de 1999 (RJA6356) y 5 de diciembre de 2003 (RJA 8786)». En idéntico sentido la STS 3 abril 2007 (RJA 1756).

8.3. Resolución de la compraventa de bienes muebles

Según el art. 1.505: «Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de este se hubiese pactado mayor dilación». También esté precepto guarda relación con el art. 1.124, al que no excluye. Obsérvese que la resolución que regula el precepto es solo la «en interés del vendedor».

Para la aplicación del art. 1.505 se requiere (GARCÍA CANTERO, 1001):

1º Que se trate de venta de bienes muebles (en sentido amplio).
2º Que no se haya hecho entrega de la cosa ni del precio (en otro caso, procederá recurrir al art. 1.124).
3º Que se haya señalado un plazo para la entrega de la cosa (aludido en el propio precepto), sea convencional o judicial (ex art. 1.128-1).

4) Que el comprador haya incurrido en mora, la cual puede tener dos manifestaciones: por no presentarse a recibir la cosa *dentro* de (más que antes de vencer) el término señalado, o por no pagar el precio, siendo indiferente la causa (culpable o no) de la mora del comprador.

b) El efecto del precepto es la resolución de la venta en interés del vendedor: luego puede este ejercitarla o no.

El vendedor puede, incluso, declinando ese derecho, pedir el cumplimiento del contrato. La resolución se produce, en su caso, de forma automática: no es preciso haberla pactado; y no precisa tampoco de previo requerimiento (a diferencia del art. 1.504). Habrá lugar a indemnización de daños y perjuicios si se hubieren por aplicación del art. 1.124 (LACRUZ, 1999).

9. LOS PACTOS EN LA COMPRAVENTA

Los contratantes pueden establecer, entre otros, los siguientes pactos:

9.1. La promesa de venta

El artículo 1.451 contempla la figura de la promesa de venta: «La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato». La promesa de venta es una especie del género del precontrato, siendo este el acuerdo de las partes por el que se obligan a celebrar un futuro contrato, lo que supone diferencias de régimen jurídico para la compraventa y para la promesa. La STS 20 abril 2001 (RJA 6886) refleja la diferencia entre ambas instituciones: «la distinción doctrinal y jurisprudencial entre promesa bilateral de compra y venta y contrato definitivo de

compraventa se centra en la existencia o no de una voluntad negocial, dirigida a definir para un momento posterior la entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vínculo que produce el precontrato, y que consiste en "quedar obligado a obligarse"».

9.2. El pacto de arras

En la compraventa se puede añadir de pacto de arras, en garantía de que las partes cumplirán sus respectivas obligaciones. El CC las contempla en el art 1.454 como una cantidad que al celebrar contrato, el comprador entrega al vendedor; de manera que si el comprador no cumple (no paga el precio) las pierde; si el vendedor no cumple (no entrega la cosa) las devuelve duplicadas. «Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas.»

La STS 24 octubre 2002 (RJA 8974) establece que:

> la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de arras: *a*) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. *b*) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. *c*) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1454. Siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido, según declararon las Sentencias de 24 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1945, 22 de octubre de 1956 (RJ 1956, 3410), 7 de febrero de 1966 (RJ 1966, 793) y 16 de diciembre de 1970 (RJ 1970, 5593), entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado (Sentencia 10 marzo 1986 [RJ 1167]).

9.3. El pacto de reserva de dominio

En las compraventas con precio aplazado y entrega inmediata de la cosa las partes pueden pactar que la adquisición de la propiedad de la cosa por el comprador no se produzca hasta que este pague totalmente el precio, manteniendo el vendedor hasta este momento su propiedad (Martínez de Aguirre, 2000). La transmisión dominical en este caso se separa del traspaso posesorio (traditio), de modo que aunque el vendedor haya entregado la cosa, se reserva el dominio de la misma hasta que el comprador pague el precio.

El *pacto de reserva de dominio* no aparece regulado en el Código, si bien ha sido reconocido por la jurisprudencia; en la legislación especial aparece contemplado en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (arts. 7.10, 15 y 16).

El pacto de reserva de dominio funciona como una condición suspensiva que se adiciona a la compraventa, en virtud de la cual el pago del precio por el comprador es la condición de la que depende la adquisición por este de la propiedad de la cosa. Si finalmente no paga, el vendedor podrá reclamarle el precio, o bien podrá recuperar la cosa que seguía siendo de su propiedad y resolver el contrato ejercitando la acción resolutoria ex art. 1.124 CC.

Este pacto tiene una función de garantía, puesto que impide que los acreedores del comprador puedan ejecutar el bien del que está disponiendo y que todavía no ha pagado (Martínez de Aguirre, 2000).

9.4. La compraventa con retracto convencional

También denominada venta a carta de gracia o pacto de retroventa, es una compraventa ordinaria a la que se ha añadido el *pacto de retro*, que es aquel por el que el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida (art. 1.507), dando lugar al retracto convencional: «Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado».

El vendedor, una vez vendida y entregada la cosa, tiene el derecho de volver a adquirirla en el plazo y con el precio fijado. Es el retracto convencional, nacido del pacto de retro, unido a la compraventa. La doctrina y la jurisprudencia configuran el retracto convencional como una condición resolutoria de la compraventa, de modo que el vendedor puede ejercitar esta facultad dentro del plazo pactado (Martínez de Aguirre, 2000). El retracto persigue una finalidad económica puesto que permite al vendedor adquirir una liquidez inmediata con la esperanza de poder recuperar el bien en un futuro. Esta figura con frecuencia esconde un préstamo garantizado con un bien, de modo que cuando se termine de pagar el préstamo se devolverá aquel (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El plazo legal para ejercitar está facultad es de cuatro años, si bien se puede pactar una duración menor o mayor pero que en todo caso no será superior a diez años (art. 1.508), plazo que es de caducidad. El vendedor puede incluso ejercitar el retracto contra los terceros que traigan causa del comprador siempre que este haya tenido la precaución de inscribir su derecho en el Registro de la propiedad (Martínez de Aguirre, 2000).

10. MODALIDADES DE COMPRAVENTA

10.1. Compraventa civil y mercantil

La compraventa puede ser *civil* o *mercantil*, la primera la regula el derecho civil y la segunda se aplica cuando la operación constituye un acto de comercio (Código de Comercio art. 325 y 326). Desde el punto de vista de su estructura jurídica ambas compraventas son contratos idénticos. Como base para distinguirlas cabe sentar el principio de que es civil toda aquella compraventa para la que el Ccom no le atribuya naturaleza mercantil (Borda, 1993).

La mercantilidad de las compraventas se deduce del contenido de los arts. 325 y 326 del Ccom. En el primero se establece un criterio positivo: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa». En el otro precepto, se establecen una serie de compraventas que no son mercantiles: «No se reputarán mercantiles: 1) Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren. 2) Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganado, o de las especies en que se les paguen las rentas. 3) Las ventas que de los objetos construidos o fabricados por los artesanos hicieren estos en sus talleres. 4) La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo».

10.2. Compraventa de bienes muebles a plazos

En cualquier tipo de contrato de compraventa se puede pactar que el precio (o la entrega de la cosa) se aplace en el tiempo o que el precio se fraccione y se vaya pagando en periodos sucesivos de tiempo. Pero si se trata de una cosa mueble corporal, no consumible, identificable y no destinada a la reventa (como el electrodomésticos o el vehículos) puede acogerse a la Ley de venta a plazos de bienes muebles Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles que ha derogado la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 17 de julio de 1965.

La Ley de Venta a Plazos se aplica a los bienes muebles corporales no consumibles e identificables, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos (art. 1º).

Se entenderá por venta a plazos el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y esta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo (art. 3).

El art. 6 de la ley exige que consten por escrito los contratos a ella sometidos. Se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, entregándose a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado.

El consumidor podrá desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien (art. 7). Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la mencionada, será necesaria su inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

10.3. La venta a calidad de ensayo o prueba

Según el artículo 1.453 CC: «la venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida y la venta de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán siempre hechas bajo condición suspensiva». Este precepto regula dos tipos diferentes de venta: la hecha a calidad de ensayo o prueba, y la llamada venta *ad gustum* (Lacruz, 1999). En ambos casos las compraventas están sometidas a condición suspensiva (Martínez de Aguirre, 2000).

A) En las ventas hechas a calidad de ensayo o prueba, la condición no depende del libre querer del comprador. Objetivamente, por medio del ensayo o prueba, se comprueba si la cosa tiene o no las cualidades que han sido determinantes de la compra. La condición es futura e incierta. Una vez que la prueba ha sido positiva, el comprador carece de la faculta de desistir del contrato (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

B) En la venta de cosas que es costumbre probar o gustar, ventas *ad gustum*, el comprador comprueba que la cosa es de su agrado, siendo así la condición se cumple. La degustación tiene por finalidad comprobar la calidad de la cosa (Martínez de Aguirre, 2001).

11. LA PERMUTA

11.1. Concepto y regulación

El cambio de cosa por cosa, denominado trueque y también permuta, fue característico de las sociedades primitivas que carecían de una referencia común de cambio, hasta que apareció la moneda; la permuta empezó a perder importancia hasta ser prácticamente sustituida por la compraventa donde el precio, en dinero o signo que lo represente, es el referente para dar valor a las distintas cosas que se transmiten. Esta figura, si bien de modo limitado, limitado se ha mantenido vigente a lo largo del tiempo tanto en la realidad económica como en los textos legales, y así nuestro Código le dedica los artículos 1.538 a 1.541, regulación breve que corresponde a la poca importancia del contrato y remitiendo subsidiariamente a la regulación de la venta (Ruda González, 2002).

Según el art. 1.538 cc: «la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». La ausencia de precio en dinero lo convierte en el prototipo del cambio *in natura,* no solo de cosa por cosa en sentido material sino también en el jurídico de cosas por derechos (Lacruz, 1999); también se ha dicho que en este contrato hay un *trueque* de derechos de propiedad (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La permuta es un contrato *consensual*, *sinalagmático, oneroso*, *obligatorio,* que sirve como título que junto con la entrega o puesta a disposición servirá para transmitir la propiedad y, en relación con lo anterior, *traslativo de dominio* (Lacruz, 1999). Los caracteres de la permuta son similares a los de la compraventa, de la que difiere esencialmente por la falta de precio (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

11.2. Obligaciones de las partes contratantes

En la permuta cada una tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa a que se ha obligado.

Como especialidad principal de las obligaciones de los permutantes con relación a la compraventa (pues en lo no previsto se aplican las reglas de esta), en primer lugar se halla la resolución si uno de ellos acredita que la cosa que el otro se obligó a entregar no era propiedad de este, puede resolver el contrato y si ya la había recibido, la devolverá (art. 1.539).

11.3. La permuta de solar por obra en el edificio construido

El *boom* de la construcción inmobiliaria, que comenzó en nuestro país en la década de los setenta del siglo pasado y que se mantiene no solamente vigente sino en progresivo aumento, supuso el auge de una modalidad de contrato, el denominado contrato de «cesión de suelo a cambio de obra» o «permuta de suelo a cambio de obra», cuyo éxito hay que buscarlo en la escasez de suelo edificable, unido al ahorro de impuestos y al principio de libertad de pactos (art. 1.255). Este contrato permite que los propietarios de suelo edificable, que no tienen capacidad económica para construir (o voluntad de embarcase en el complejo mundo de la construcción), la obtención de viviendas y locales de un constructor, que a su vez también se beneficia por el hecho de no tener que desembolsar el importe del precio del solar (Ruda González, 2002).

En el Derecho español no ha existido una regulación legal de esta figura, salvo el caso del derecho civil catalán, donde ha sido regulada por la Ley 23/2201 de «cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura» y el breve paréntesis de la vigencia del art. 13 RH.

La tendencia actual de la jurisprudencia ha sido dejar de configurar este supuesto como de permuta y conceptuarlo como un contrato atípico *do ut des* (Díez-Picazo y Gullón, 2002). No obstante, es posible encontrar resoluciones que siguen refiriéndose a este contrato como permuta.

Así, la STS 1 junio 2005 (RJA 6294): «Sobre ello hay que decir necesariamente que el contrato plasmado en dichas escrituras es el ya clásico contrato atípico denominado como cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir, que la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala estima como una permuta con prestación subordinada de obra la cual se enclava dentro de una prestación de cosa futura».

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Compraventa

Jordano Fraga, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria,* Madrid, Cívitas, 1992.

Marín López, M. J.: «Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Actualidad Civil,* nº 12, 2007, págs. 1381-1403.

Mohino Manrique, A.: *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor,* Madrid, Dykinson, 2006.

Moreno-Torres Herrera, M. L.: «Los contratos de finalidad traslativa (I): la compraventa y la permuta», en *Conceptos básicos de derecho civil* (coord. por J. Manuel Ruiz-Rico Ruiz, M. L. Moreno-Torres Herrera), Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 253-270.

O'Callaghan Muñoz, X.: «Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor», RDP, nº 89, 2005, págs. 23-42.

Pérez de Ontiveros Baquero, C.: *Requerimiento y resolución en la compraventa inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2001.

2. Permuta

López Frías, A.: *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos,* Barcelona, Bosch, 1997.

Plana Arnaldos, M. C.: *Cesión de solar a cambio de obra futura,* Barcelona-Madrid, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, 2002.

Ruda González, A: *El contrato de cesión de suelo por obra*, Valencia, 2002.

Serrano Gómez, E.: *El contrato de cambio de solar por edificación futura: (doctrina, jurisprudencia y legislación),* Madrid, 2004.

Tema 20
Arrendamientos

1. CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO

El Código Civil dedica el Título VI del Libro IV a regular el «contrato de arrendamiento». Lo abre con un capítulo de disposiciones generales, donde se limita a decir que el arrendamiento puede ser de cosas, de obras o de servicios (art. 1.542), y a definir cada uno de ellos. No obstante, la unificación es puramente formal, obedece a razones históricas –la clasificación procede del Derecho romano– y falta toda razón de unidad entre los contratos referentes a cosas, a obras y a servicios (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La doctrina moderna prescinde por completo de la artificial unificación del Código Civil, por la escasa similitud entre aquellos contratos, y distingue tres tipos contractuales independientes: el arrendamiento de cosas, servicios y obra. El mismo Código viene a recoger sus diferencias al establecer para cada figura un diferente régimen jurídico, por otra parte de las disposiciones generales de los arts. 1.542 a 1.545 apenas se obtiene consecuencia alguna (De Pablo Contreras, 2000).

La doctrina prefiere reservar la denominación de arrendamientos para él de cosas, pasando a denominar al resto como «contrato de servicios» y «contrato de obra».

2. EL ARRENDAMIENTO DE COSAS EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1. Concepto, caracteres y regulación

Según el artículo 1.543 CC el contrato de arrendamiento de cosas es aquel por el que «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto». Los elementos personales de este contrato son: el arrendador que se obliga a ceder el uso de la cosa y el arrendatario que lo adquiere a cambio de precio (art. 1.546) (De Pablo Contreras, 2000).

También se utilizan los términos inquilino para designar al arrendatario de fincas urbanas e inquilinato (o alquiler) para referirse al contrato; en los arrendamientos rústicos se denomina colono al arrendatario y colonato al contrato.

El arrendamiento de cosas es un contrato consensual, puesto que se perfecciona por el mero consentimiento, bilateral por crear obligaciones recíprocas (uso de la cosa a cambio del pago de la contraprestación), oneroso, y de tracto sucesivo por extenderse su ejecución durante un periodo de tiempo que han determinado las partes (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El Código Civil no regula el arrendamiento de cosas como una figura de carácter general, sino que contiene una regulación parcial que se limita al arrendamiento de «fincas rústicas y urbanas». La insuficiencia y anacronismo del CC se manifiesta en el hecho de que actualmente los arrendamientos rústicos y urbanos están regulados por leyes especiales, por lo que por su permanencia en el CC se ha convertido en lo que pudiera llamarse una *legislación común* de ellos (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Las leyes especiales vigentes en materia de arrendamientos urbanos y rústicos son Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (en adelante LAR/03) y la Ley 29/1994, de 24 noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU/94). Otras dos leyes arrendaticias que están derogados, pero cuyos efectos todavía se aplican a los arrendamientos concertados cuando estaban vigentes son el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4.104/1964, (en adelante TRALAU/64) y el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.

La normativa del Código se aplica a aquellos arrendamientos de fincas expresamente excluidos por las leyes especiales arrendaticias de su ámbito de aplicación, este es el caso del art. 5 LAU/94 y el art. 2 TRALAU/64. A los restantes arrendamientos de cosas, se les aplica analógicamente la normativa del Código sobre los arrendamientos rústicos y urbanos, con las debidas matizaciones según la naturaleza de su objeto (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La principal diferencia entre el régimen del Código y él de las leyes especiales se encuentra en que en el primero impera el principio de la libertad contractual, especialmente respecto a la duración del contrato y la fijación del precio (De Pablo Contreras, 2000). En las leyes especiales han sido las normas imperativas las que se han encargado de proteger aquellas situaciones que el legislador tradicionalmente ha considerado necesitadas de protección.

El TS ha establecido que se les aplica el CC por estar excluidos de la LAU: al arrendamiento de solar sin plazo con autorización al arrendatario para la construcción de una whisquería (STS 28 junio 2007 [RJA 3870]); el arrendamiento de terrenos en los que no hay construcción alguna (STS 10 mayo 2006 [RJA 2210]); el arrendamiento para bar-restaurante de local comprendido en el general donde se presta el servicio ferroviario (STS 17 marzo 2003 [RJA 2593]); el contrato de arrendamiento de salto de agua, canales y desagües (STS 8 octubre 1989 ([RJA 3617]); el arrendamiento de kiosko (STS 17 octubre 1986 [RJA 5795].

Otros arrendamientos que caen bajo el régimen del CC son los denominados arrendamientos de industria: la STS 7 julio 2006 (RJA 5384) establece que: «la distinción entre los arriendos de local de negocio y los de industria es absolutamente diáfana, destacando que mientras en los primeros se cede el elemento inmobiliario, es decir, un espacio construido y apto para que en él se explote el negocio, en los segundos el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora, por un lado el local, como soporte material y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial».

Tradicionalmente se han considerado contratos de industria: explotación de club social (*beach*) SAP Málaga 31 octubre 2006; los negocios de hostelería (STS 7 julio 2006 [RJA 5384]) como bares, restaurantes y hoteles; una industria de panadería; arrendamiento de local para pizzería en centro comercial (SAP Sevilla (S. 2ª) 29 julio 2005; arrendamiento de club náutico (SAP Baleares (S. 3ª) 21 marzo 2006; etc.

La calificación de un contrato como de industria beneficia al arrendador, puesto que el arrendatario, entre otros, no tiene derecho a la prórroga forzosa (art. 57 TRLAU/64), ni a las subrogaciones por muerte (tanto en el régimen de la TRLAU/64 como LAU /94), ni a la indemnización por clientela (art. 32 LAU/94). A partir de la LAU/94 la importancia entre uno u otro contrato viene a ser residual en comparación con la etapa anterior.

2.2. Capacidad para arrendar

En la persona del arrendador han de concurrir los siguientes requisitos:

a) Capacidad para administrar. El arrendamiento es un acto de administración puesto que es un modo normal de explotar los bienes y obtener un rendimiento de ellos. En principio, pues, bastará que el arrendador tenga capacidad para administrar. Si la duración del contrato excede de seis años, el artículo 1.548 señala que: «Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes (ajenos) que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda

de seis años». En los arrendamientos por tiempo superior habrá que contar con autorización judicial en los términos de los arts. 166 y 271-2º cc (De Pablo Contreras, 2000).

La capacidad del arrendatario no se encuentra expresamente regulada. Bastará, por consiguiente, que posea la capacidad general para contratar (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2.3. Forma del arrendamiento

Según el art. 1.280 cc, deben constar por escrito los arrendamientos cuya renta sea superior a 1.500 pesetas, asimismo deberán constar en escritura pública los arrendamientos de inmuebles por seis o más años, «siempre que deban perjudicar a tercero», lo que sucederá cuando se inscriban en el Registro de la Propiedad, pues el adquirente habrá de soportarlos.

A pesar de lo expresado en el art. 1.280 la forma en ningún caso es elemento constitutivo del contrato de arrendamiento, habida cuenta su condición de contrato consensual; no obstante, a las partes siempre les asiste la posibilidad de compelerse recíprocamente para elevar a forma escrita o escritura pública los contratos de arrendamiento una vez perfeccionados (art. 1.279 cc) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El art. 37 lau establece que: «Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento».

2.4. Derechos y obligaciones de las partes

El arrendador está obligado (art. 1.554):

1º A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato.
2º A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada.
3° A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento todo el tiempo de contrato.

El art. 1.533 cc establece que: «son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidos en el título de la compraventa». Lo supone que será de aplicación todas las reglas sobre evicción, gravámenes y vicios ocultos.

El arrendatario está obligado (art. 1.555):

1º A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos.
2º A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la cosa arrendada, según la costumbre de la tierra.
3º A pagar los gastos que ocasiones la escritura del contrato.

2.5. Elementos reales: la cosa, el precio y el tiempo

2.5.1. La cosa objeto de arrendamiento

Pueden ser objeto del contrato de arrendamiento toda clase de cosas, muebles e inmuebles. Únicamente no pueden ser objeto de este contrato «las cosas fungibles que se consumen con

el uso» (art. 1.545 CC). La naturaleza de la cosa será la que determinará la aplicación del Código o de las leyes especiales. Junto con la entrega de la cosa dada en arrendamiento se entiende la de sus accesorios (art. 1.097 CC).

2.5.2. El precio del arrendamiento

El precio es un elemento esencial del contrato de arrendamiento y ha ser cierto y estar determinado, es decir, no cabe un precio indeterminado, o aleatorio. Con relación a la constancia del precio el artículo 1.547 establece que: «cuando hubiera comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule» (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La expresión el precio que «se regule» se refiere al que establezcan las partes o al que prudencialmente fije el juez (De Pablo Contreras, 2000).

La inexistencia de precio da lugar a otra figura, el precario, a la que se califica como situación de hecho tolerada y no como situación contractual. Este es el caso de aquellos matrimonios que disfrutan de una casa propiedad del padre de uno de ellos sin pagar renta alguna.[1]

Por lo general, el pago de la renta se fija por unidades de tiempo, por lo general meses, menos frecuente es el pago por años; si bien caben los arrendamientos por días o semanas. Incluso cabe otras formas de pago, como el caso de los automóviles que pueden arrendarse por kilómetros (De Pablo Contreras, 2000).

2.5.3. El tiempo del arrendamiento

El art. 1.543 exige que el arrendamiento se pacte por tiempo determinado, lo que excluye los arrendamientos a perpetuidad. No obstante, en el Código Civil podemos encontrar reglas para la determinación del plazo. Así, en el art. 1.577 CC se establece que en el caso de arrendamientos rústicos sin plazo se entenderá que este comprende al menos el tiempo para la recolección de los frutos que diera en un años, o por más tiempo en el caso de que los diera por primera vez. En los arrendamientos urbanos, se establece por el art. 1.581 que: «si no se hubiere fijado plazo el arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término».

2.6. Finalización del arrendamiento

El arriendo termina por las siguientes causas:

A) Vencimiento del plazo. Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento (art. 1.565).

   A pesar de ello, el artículo 1.566 regula la llamada «tácita reconducción» disponiendo que «si al terminar el contrato permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendatario se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1.577 [tiempo para la recolección de los frutos] y 1.581 [por años, meses, días según modalidad pago], a menos que haya precedido requerimiento».

1. Vid. Tema 21 «Comodato, precario y mutuo», § 3. «El precario».

La tácita reconducción queda sin efecto (enervada) de dos formas: la primera, mediante el requerimiento, efectuado antes que termine el contrato, en el que arrendador notifica una voluntad contraria a la continuación del arriendo. Otra, cuando dentro de los quince días siguientes a la extinción del contrato el arrendador manifiesta al arrendatario su falta de aquiescencia con la continuación del arrendamiento. También será válida la renuncia a la tácita reconducción que el arrendatario efectúa en el propio contrato de arrendamiento porque no es una norma imperativa».

La SAP Cáceres (S. 2ª) de 16 de marzo de 2001 (JA 163041) establece que: «Las notificaciones que por BUROFAX se hicieron el 28-10-1999, el 29-12-1999 y el 13-1-2000, son suficientes para manifestar la no aquiescencia del arrendador respecto a la continuación del arrendamiento, de acuerdo con el artículo 1.566 del Código Civil. Así, el artículo indicado establece que no se dará la tácita reconducción del arriendo en el caso de que haya precedido requerimiento. Ha de entenderse que tal requerimiento sea una manifestación suficiente del arrendador sobre su voluntad de no prorrogar la vigencia del contrato cuando este concluye según lo establecido en el mismo».

El hecho de que se sigan pagando rentas después de vencido el plazo no supone la existencia de tácita reconducción, porque es una mera contraprestación indemnizatoria por la persistencia en la ocupación y disfrute. Es más, es una obligación del arrendatario el hacerlo aun no habiendo tácita reconducción y, no obstante, sigue en el disfrute de la cosa (STS, 8 de octubre de 1980 [RJA 3617], 26 de marzo de 1979 y 23 de octubre de 1957 [RJA]).

El contrato surgido tras la tácita reconducción es un nuevo contrato con idéntico contenido que el anterior excepto en lo que se refiere a su duración y a las obligaciones contraídas por un tercero (fiador, p. ej.). Se extinguen las garantías otorgadas por un tercero a menos que vuelva a prestar nuevamente su consentimiento (art. 1.567 CC).

La STS 15 octubre 1996 (RJA 7113), con cita de otras anteriores, estima que el contrato surgido tras la reconducción es nuevo: «el art. 1.566 CC da por concluso el contrato primitivo de arrendamiento y por nacido –reconducción, consentimiento tácito– otro, que si de ordinario reproduce las características de aquel, no así en cuanto al plazo de duración, pues este no es el que regía el contrato extinguido, sino que ha de ser siempre dentro de la teoría de la reconducción el que señala el artículo 1.581».

Para la STS 7 febrero 1989 (RJA 753): «la palabra reconducción significa volver a arrendar, de forma que en la tácita reconducción no hay prórroga del anterior contrato sino nuevo arrendamiento sobre la misma cosa, pactado de modo presunto, y así se deriva del tenor del art. 1.566 del CC del que cabe deducir que la tácita reconducción implica una inactividad consciente y voluntaria por parte del arrendador que, una vez terminado el contrato, permite al arrendatario continuar disfrutando durante quince días de la cosa arrendada, en cuyo caso el plazo del nuevo arriendo ya no será el mismo que regía en el contrato extinguido sino el señalado en los arts. 1.577 y 1.581 CC, según se trate de fincas rústicas o urbanas».

B) Resolución del contrato. El incumplimiento de las obligaciones fundamentales que establece el Código, a cargo del arrendador y arrendatario, faculta cualquiera de ellos a pedir la rescisión (propiamente es resolución) del contrato y la de indemnización de daños y perjuicios, o solo esto último dejando subsistente el contrato (artículo 1.556). En parecidos términos se pronuncia el art. 1.568 CC si alguno de los contratantes falta a lo estipulado se aplicará lo dispuesto en los en los 1.101 (indemnización daños y perjuicios) y 1.124 (acción resolutoria y de cumplimiento).

En resumidas cuentas, cualquier incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato facultará a la parte que ha cumplido a resolver el contrato o a exigir el cumplimiento tal como establece con carácter general el art. 1.124 CC.

En el art. 27.1 LAU la aplicación del art. 1.124 CC en caso de incumplimiento contractual.

Una de las principales infracciones es la falta de pago del precio convenido. El incumplimiento de la obligación de pago origina en favor del arrendador de fincas, el nacimiento de dos acciones, una de carácter personal, para reclamar el importe de las rentas y otra, de desahucio dirigida a recuperar la posesión de la cosa con el consiguiente lanzamiento del arrendatario.

Estas dos acciones no son incompatibles entre sí, por lo que el ejercicio de una no imposibilita la utilización la otra ni mucho menos implica su renuncia (sentencia de 7 de diciembre de 1963).

La LAU/94 permite la acumulación de ambas acciones en los procesos arrendaticios (art. 40).

C) Venta de la cosa arrendada. El artículo 1.571 otorga al comprador de una finca arrendada la *facultad* de dar por terminado el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (si el arrendamiento estuviera inscrito sería oponible al comprador que lo tendría que respetar). También es oponible el arrendamiento en el caso de que arrendador y arrendatario hubiesen pactado un derecho de retracto sobre la finca (art. 1.572 CC). Esta posibilidad que asiste al comprador es la regla general que se expresa con el aforismo *venta quita renta* (De Pablo Contreras, 2000).

Si el comprador usa de este derecho el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha correspondiente al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le ocasionen.

La regla «venta quita renta» no es operativa en las leyes especiales, donde el principio general es precisamente el contrario: la compraventa no extingue el arrendamiento

D) Pérdida de la cosa arrendada. El artículo 1.568 establece que «si se pierde la cosa arrendada [...] se observará [...] lo dispuesto en los artículos 1.182 y 1.183». En estos preceptos se establece la extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida.

La jurisprudencia interpreta el artículo 1.568 en el sentido de que provoca la extinción de la relación arrendaticia. Este mismo criterio que siguen el art. 24 la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003 y el art. 28 de la LAU/94 (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

E) Muerte del arrendador o arrendatario. Guarda silencio el Código Civil sobre si estos hechos son causa de extinción del contrato. La doctrina más generalizada sostiene la extinción, transformando el arrendamiento en un contrato *intuitus personae* (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2.7. Efectos de la terminación del arriendo

El arrendatario debe devolver la cosa al concluir al arriendo tal y como la recibió. A falta de expresión de su estado al tiempo de arrendarla, la ley presume *iuris tantum* que el arrendatario la recibió en buen estado (art. 1.562), es decir, que servía para el uso pactado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Las pérdidas y deterioros debidos al tiempo (o uso ordinario) o por causa inevitable no son de su cargo. Cualquier otra pérdida o deterioro sí, salvo que pruebe que se produjo sin su culpa (arts. 1.561 y 1.563; sentencia de 23 de marzo de 1953).

El artículo 1.564 extiende la responsabilidad del arrendatario al obligarle a responder por los deterioros (y pérdidas) causados por las personas de su casa. No se alude a familiares exclusivamente, por lo que el daño hecho por criados, huéspedes, visitas, etc., está comprendido.

El arrendatario tendrá respecto de las mejoras útiles o de recreo el mismo derecho que el usufructuario (art. 1.573). Es decir, está facultado para realizarlas sin alterar la forma o sustancia de la cosa arrendada, así tenga el consentimiento del arrendador. Sin embargo, carece de todo derecho a indemnización, si bien podrá retirarlas siempre y cuando fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes. También se le concede la facultad de compensar las mejoras con los desperfectos a su cargo (arts. 487 y 488).

2.8. El desahucio del arrendatario

El artículo 1.569 CC permite al arrendador desahuciar al arrendatario y recuperar la cosa mediante un procedimiento breve, rápido y sencillo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el art. 250, que al establecer el ámbito del juicio verbal dice que: «1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1. Las que, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca».

2.9. Subarriendo y cesión del arrendamiento

2.9.1. El subarriendo

El Código Civil autoriza al arrendatario a subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, salvo cuando en el contrato de arriendo se prohíba *expresamente* (art. 1.550).

En las leyes especiales de arrendamientos, por el contrario, la regla general será la prohibición del arrendamiento salvo autorización expresa y del arrendador (art. 10 TRLAU / 64 y art. 8 LAU/94).

El subarrendamiento puede definirse como «una relación contractual de igual naturaleza que otra anterior y que surge por consecuencia de la actitud del arrendatario del primer contrato, el cual, al pactar con un tercero un nuevo arrendamiento configurado con base en el primero, pasa a ocupar en la segunda relación el puesto de arrendador. Ambos contratos están conectados por ese contratante común en el que confluyen y se aúnan las cualidades de arrendador y arrendatario» (López Vilas, 1973).

En el subarriendo existen, pues, dos contratos de idéntica naturaleza (López Vilas, 1973): el contrato de arrendamiento, también denominado principal o contrato base y el contrato de subarrendamiento o contrato derivado (Reglero Campos, 1997). El subarriendo es un nuevo arrendamiento con sustantividad propia, ya que es un contrato de arrendamiento con todas sus características y dependiente del anterior en el que se apoya y recibe todas sus fuerzas

(Díez-Picazo y Gullón, 2001). En este segundo contrato actúa como arrendador quien en el primero es el arrendatario, comunicando en todo o en parte las facultades de uso y goce que le corresponden en virtud del anterior contrato (Lacruz, 1999).

El subarrendamiento no implica la extinción del originario contrato de arrendamiento, que se mantiene subsistente, ni tampoco la salida del arrendatario-subarrendador del contrato base y su sustitución en el cumplimiento de sus obligaciones por el subarrendatario. El arrendatario sigue respondiendo frente al arrendador aún a pesar del subarrendamiento, incluso si la falta de cumplimiento se debe al subarrendatario, tal como se deduce del art. 1.550 (Lucas Fernández, 1991).

El uso o goce por el subarrendatario ha de moverse entre los límites impuestos al arrendatario. En tal sentido, el artículo 1.551 obliga y responsabiliza al subarrendatario frente al *arrendador* y subarrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre arrendador y arrendatario (subarrendador). Excepcionalmente concede el Código Civil una acción directa al arrendador frente al subarrendatario, a fin de cobrar lo que el arrendatario le debe (por rentas del arrendamiento, indemnizaciones por pérdidas o deterioros, reparaciones, etc.) sobre lo que, a su vez, el segundo deba al arrendatario por razón de la renta del subarriendo (art. 1.552) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El subarriendo se extingue, además, por las causas de todo arrendamiento.

2.9.2. La cesión del arrendamiento

Distinta del subarriendo es la cesión del arrendamiento. En la cesión hay una sucesión en la titularidad del contrato, porque el arrendatario se desliga de su posición de parte contractual asumiéndola el cesionario (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En el caso de la cesión de contrato se produce una novación subjetiva de la relación arrendaticia, desapareciendo el cedente de la relación contractual siendo sustituido por el cesionario. Mediante esta figura un tercero extraño a la relación arrendaticia ocupa la condición de contratante en lugar del arrendatario originario, en el subarrendamiento por el contrario el arrendatario continuaba en la relación contractual (Reglero Campos, 1997). La cesión del arrendamiento no está contemplada en el Código Civil, aunque sí que es regulada en las leyes especiales. El trlau/64 se refiere al mismo en artículos 23 a 42 y la lau/94 en el art. 8.1.

2.10. Disposiciones especiales del cc para los arrendamientos urbanos

A) Duración. Preceptúa el artículo 1.581 que: «si no se hubiere fijado plazo el arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término».

B) Reparaciones. Según el artículo 1.580: «en defecto de pacto especial, se estará a la costumbre del pueblo para las reparaciones que deban ser de cuenta del propietario. En caso de duda se entenderán de cargo de este».

C) Relativas al arrendamiento con muebles. El Código sigue el tradicional principio de que lo accesorio sigue a lo principal de modo que el artículo 1.582 señala que: «Cuando el arrendador de una casa, o de parte de ella, destinada a la habitación de una familia, de una tienda, almacén, o establecimiento industrial, arrienda también los muebles, el arrendamiento de estos se entenderá por el tiempo que dure el de la finca arrendadas».

3. LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

La escasez de viviendas y locales, tras la guerra civil, obligó al Estado a intervenir por vía legislativa en la contratación arrendaticia, con el objeto de garantizar al arrendatario la estabilidad en el uso de la cosa, y en el precio de la renta con independencia de lo pactado por las partes (De Pablo Contreras, 2000). Evitándose así, en aquella época de penuria económica el desahucio masivo de arrendatarios al término del periodo convencional del arrendamiento.

Con este fin las sucesivas leyes de arrendamientos que se promulgaron en adelante (Ley 31 diciembre 1946 y sus reformas de 1949 y 1955) concedieron al inquilino o arrendatario un derecho de prórroga, obligatoria para el arrendador y potestativa para aquel, que hacía prácticamente interminable el arrendamiento, puesto que además otorgaron un derecho de subrogación en el contrato a la muerte del arrendatario a determinados familiares y herederos del mismo. Asimismo, se congelaron las rentas arrendaticias, si bien hasta la TRLAU/64, de modo que la pactada era la que iba a regir durante toda la larga vida del arrendamiento (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Aquella política de protección del arrendatario, que exigía el sacrificio de la clase económica de los arrendadores por el bienestar de aquellos, comprensible en tiempos de posguerra, se mantuvo hasta que se promulgó el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre, que suavizó un tanto las condiciones de los arrendadores, al permitir la actualización de las rentas. Este texto, uno de los más casuistas y detallados de nuestro entorno, técnicamente deficiente se mantuvo inflexible respecto de la prórroga obligatoria del contrato, ofreciendo además la posibilidad de que fallecido el arrendatario se subrogasen en su lugar otras personas (Lacruz, 1999).

Aun a pesar de la relativa suavización de las condiciones para los propietarios, las consecuencias de esa política fueron desastrosas, puesto que con el paso de los años desaparecieron del mercado los nuevos arrendatarios, quedando tan solo los denominados de renta antigua, ante el fundado temor de los propietarios de continuar asumiendo parte de la política social en materia de vivienda de los sucesivos gobiernos. Por otra parte, dada la absoluta y total protección del inquilino, los pocos contratos de arrendamiento que se celebraban lo eran en unas condiciones de renta muy superiores a las que en un mercado normal se hubieran estipulado.

El Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril sobre Medidas de Política Económica, también conocido como Decreto Boyer, introdujo dos modificaciones (arts. 8 y 9) con gran impacto en los arrendamientos urbanos, como fueron la libertad para la transformación de viviendas en locales de negocio (art. 8) y la libertad para pactar la duración del contrato, suprimiendo la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos (art. 9); no obstante, se autorizaba la prórroga obligatoria si las partes lo acordaban. Sin embargo, esta facilidad para la terminación del contrato, radicalmente opuesta al sistema de la LAU de 1964 basada en el presupuesto de la prórroga forzosa, produjo en el arrendatario una situación de inestabilidad muy pronunciada puesto que la duración de los contratos se pactaba por períodos muy cortos.

El art. 9 del RDL 2/1985 establecía: «Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos: los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley tendrá la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto Refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código Civil».

Dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos.

Este artículo ha quedado derogado sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones transitorias por la disposición derogatoria única de Ley 29/1994.

La nueva LAU de 29/1994, de 24 de noviembre, trató de corregir los excesos del llamado Decreto Boyer mediante el establecimiento de un plazo de duración mínimo de los contratos. Al mismo tiempo, reguló la relación arrendaticia según principios opuestos a los que antes inspiraron la normativa procedente, con una aproximación muy notable al principio de la autonomía de la voluntad, y sobre todo con una reglamentación mucho más sencilla (Lacruz, 1999).

La nueva LAU/94, si bien deroga expresamente toda la legislación arrendaticia anterior (disposición derogatoria única), no ha tenido más remedio que regular minuciosamente las situaciones jurídicas surgidas de los arrendamientos concertados con anterioridad, y todavía vigentes, disponiendo al efecto unas disposiciones transitorias muy complejas, que permitirán que la todavía vigente LAU de 1964 vaya a subsistir todavía durante bastante tiempo (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En síntesis nos encontramos en una situación transitoria en la que todavía durante bastantes años convivirán los arrendamientos nacidos y regulados al amparo de tres cuerpos legislativos diferentes: el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4.104/1964; el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril y la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre.

4. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1994

4.1. Ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994

La LAU de 1994 se aplica a los arrendamientos de *fincas urbanas* que se destinen a viviendas o a usos distintos del de vivienda (art. 1 LAU). En cualquiera de ambos supuestos el arrendamiento siempre recae sobre tiene por objeto una finca urbana, que además, como se desprende de los siguientes artículos, ha de consistir en una *edificación.* El diccionario de la RAE se refiere al edificio como: «Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos».

La ley contiene una doble regulación del arrendamiento según se trate de edificios destinados a «viviendas» o que tengan un «uso distinto al de vivienda».

4.1.1. El arrendamiento de vivienda

El art. 2 LAU establece que: «1. Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario». Las normas propias del arrendamiento de vivienda también aplican al «mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador (art. 2.2)».

4.1.2. El Arrendamiento para uso distinto del de vivienda

Se regula por el art. 3 LAU que se refiere al mismo como:

> ... aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior.
> En especial, tendrá esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporadas, sea esa de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren (art. 3.2).
> A este tipo de arrendamiento en la TRLAU/64 se le denominaba «arrendamiento de local de negocio.

Respecto a los arrendamientos de temporada la STS de 15 diciembre 1999 (EDJ 1999/40446), dice que la nota esencial del arrendamiento de temporada es la de haberse convenido el uso durante un plazo concertado para habitar transitoriamente y por razones diversas de modo que la ocupación responde a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes y no a la necesidad de habitar como residencia habitual y permanente. Añade la SAP Barcelona (S. 4ª) 28 septiembre 2005 (JUR 52947) «mereciendo aquella calificación durante el periodo que se concierte aun cuando lo sea por espacio de varios años».

4.2. Arrendamientos excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos

La vigente legislación arrendaticia no regula el arrendamiento de todos los inmuebles urbanos, de ahí que el art. 5 excluya del régimen de la LAU los siguientes supuestos:

a) El uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.
b) El uso de las viviendas militares [...].
c) Los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento [...].
d) El uso de las viviendas universitarias, propiedad de la Universidad, que sean asignadas a los alumnos y al personal docente y de administración y servicios dependientes de aquella.

A la mayoría de estos arrendamientos será de aplicación el régimen previsto en el Código Civil. Aunque lo solares no se excluyan expresamente de la LAU, se entiende que quedan excluidos de la misma al no encajar en el concepto de finca urbana ex art. 1 que está pensando siempre en un edificio (LACRUZ, 1999).

Los solares son excluidos del régimen de la LAU en las STS 28 junio 2007 (RJA 3870) y STS 10 mayo 2006 (RJA 2210).

4.3. El régimen legal de los arrendamientos urbanos

En primer lugar, ordena el sometimiento de todos los contratos a las disposiciones de los Títulos I (Ámbito de la Ley), IV (Disposiciones Comunes) y V (Procesos Arrendaticios) de la Ley; y a continuación, el de los arrendamientos de viviendas al Título II y, finalmente al Título III los de usos distintos del de vivienda (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001).

a) El régimen aplicable a las viviendas tiene carácter tuitivo o protector de los intereses del arrendatario, de ahí que las normas del Título II sean imperativas (Lacruz,1999). En lo no contemplado por estas normas, el contrato se regula por la voluntad de las partes y, supletoriamente, por el Código Civil (art. 4.2).
b) El régimen de las normas del Título III, por el contrario, tiene un carácter dispositivo. De modo que los arrendamientos para «uso distinto al de vivienda» se rigen en «por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III, de la ley y, en último término, supletoriamente por el Código Civil (art. 4.3.).
c) La LAU permite la exclusión voluntaria de la aplicación de aquellos de sus preceptos los preceptos de la ley, «cuando ello sea posible, deberá hacerse de forma expresa respecto de cada uno de ellos (art. 4.4.)».

4.4. El régimen jurídico del arrendamiento de viviendas

El arrendamiento de vivienda, además de estar regulado por las disposiciones comunes de la LAU, es decir por los Títulos I (Ámbito de la Ley), IV (Disposiciones Comunes) y V (Procesos Arrendaticios) de la Ley (art. 4.1.). Asimismo está regulado por las normas del Título II, «en su defecto, por la voluntad de las partes y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil» (art. 4.2).

4.4.1. Carácter imperativo de las normas del título II

Los preceptos del Título II se consideran, en principio, imperativos, pero siempre en beneficio del arrendatario. En ese sentido dice el artículo 6 que «son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice».

La SAP Murcia (S. 5ª) 24 julio 2002 (JUR 2658582) estima nula la cláusula genérica, tan utilizada en nuestros días, que alterando el espíritu del art. 9.3 establece la exclusión de la prórroga obligatoria del contrato si el arrendador necesita la vivienda para sí, para ello alega que: «no puede por lo tanto convertirse en una cláusula de estilo de los contratos, para el supuesto en que sea necesaria su utilización, teniendo de esta forma, de antemano, el medio para impedir la prórroga si a lo largo de la vigencia del contrato surge su necesidad. La necesidad, por tanto, ha de ser conocida al tiempo de la celebración del contrato, lo que implica la exclusión de las causas sobrevenidas [...]».

De ahí que en aquellos casos que se beneficiase al arrendatario cabría la exclusión voluntaria de algún precepto imperativo de acuerdo a lo expuesto en el art. (4.4) «cuando ello sea posible, deberá hacerse de forma expresa respecto de cada uno de ellos».

Este es el caso de la SAP Barcelona (S. 4ª) 13 septiembre 2004 (JUR 282381) admite la validez del pacto mediante el cual el arrendatario renuncia al derecho a que el arrendador realice las obras reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad (art. 21 LAU) a cambio de una rebaja del alquiler y la no aplicación de las actualizaciones del IPC.

El arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho o sus hijos dependientes (art. 7).

Del régimen del arrendamiento de vivienda se excluyen las denominadas «viviendas suntuarias», que son aquellas «cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta *inicial* en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual» (De Pablo Contreras, 2000). En estos arrendamientos, tienen un régimen especial, puesto que les aplica, en primer lugar, la voluntad de las partes, en su defecto lo dispuesto en el Título II para los arrendamientos de vivienda y supletoriamente por el Código Civil (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

4.4.2. La cesión y el subarriendo de vivienda

La lau/1994 solo se ocupa del subarrendamiento en los artículos 8 (subarrendamiento de vivienda) y 32 (para uso distinto al de vivienda). Esto supone una reducción drástica en relación al número de preceptos que regulaban esta figura en la normativa anterior (arts. 10 a 21 lau/64).

a) La cesión del arrendamiento. El contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin consentimiento escrito del arrendador. En caso de cesión, el cesionario se subroga en la posición del cedente frente al arrendador (art. 8.1). La cesión inconsentida puede dar lugar a la resolución del arrendamiento (art. 27.2.c lau).

b) El subarrendamiento. El subarriendo de la vivienda se regula en el art. 8.2 lau, que exige el «previo» consentimiento escrito del arrendador. Este carácter de «previo» no se exige en materia de cesión del contrato. Solo se admite el subarriendo parcial de vivienda, y el precio no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento.

El derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del subarrendatario que subarrendó (art. 8).

En el régimen de la trlau/64 se permitía el subarrendamiento total de la vivienda, el precio podía ser el doble que el del arrendamiento y se prohibía el segundo subarrendamiento.

El subarriendo se regirá por lo dispuesto en el Título III para el arrendamiento cuando la parte de la finca subarrendada se destine por el subarrendatario a la satisfacción de su necesidad permanente de vivienda. De no darse esta condición, se regirá por lo pactado entre las partes.

El subarrendamiento inconsentido, de manera similar a la cesión, dará lugar a la resolución del contrato (art. 27.2.c).

4.4.3. La duración del contrato

La lau/94, en materia de a la duración del arrendamiento, se encuentra en una situación intermedia con relación a la trlau/64, prórroga indefinida, y el rdl 1/1985, libertad total de pacto (Lacruz, 1999). En la nueva reglamentación la duración del contrato será la libremente pactada por las partes, pero, si es inferior a cinco años, la Ley establece en interés del arrendatario prórrogas anuales desde la expiración del plazo pactado hasta los cinco años que serán obligatorias para el arrendador y potestativas para el arrendatario (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Ej. Aunque inicialmente se pacte un contrato por un año de duración, el arrendatario puede solicitar que se vaya prorrogando anualmente hasta llegar a los cinco años.

La prórroga, ante el silencio de las partes se aplicará automáticamente, de ahí que el arrendatario que no quiera continuar su contrato, deberá notificarlo al arrendador con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de sus prórrogas (art. 9.1 LAU).

Lo habitual es que en los contratos de arrendamiento se establezca su duración, pero el legislador ha previsto que en aquellos contratos en los que no se haga estipulación de plazo o este sea indeterminado, se entiendan celebrados por un año, sin perjuicio de que también se les aplique lo dispuesto sobre el derecho de prórroga anual (art. 9.2 LAU).

4.4.4. Denegación de la prórroga del contrato

No procederá la *prórroga obligatoria* del contrato cuando, al tiempo de su celebración, se haga constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco para años destinarla a vivienda permanente para sí (art. 9.3). En tales circunstancias, lo único obligatorio para el arrendador es el plazo de duración contractual, no las prórrogas. Ahora bien, si dentro de los tres meses a contar desde la extinción del contrato el arrendador no ocupa la vivienda, el arrendatario tiene opción a reanudar su uso por un «nuevo periodo de hasta cinco años» con indemnización de los gastos que le haya ocasionado el desalojo hasta la reocupación, o a una indemnización igual al importe de la renta por los años que quedasen hasta completar cinco (art. 9.3.) (ESTRUCH ESTRUCH, 2007):

> Es aconsejable la introducción de cláusulas de estilo, en las que de modo genérico se establece que no procederá la prórroga en el caso de que el arrendador necesitase el inmueble en un futuro. Aunque la jurisprudencia ya ha respondido diciendo que esta fórmula no es válida si en el momento de celebrar el contrato no estuviese clara ya esa necesidad.

4.4.5. Prórrogas anuales obligatorias en los contratos iguales o superiores a 5 años

La LAU/94 en los contratos iguales o superiores a cinco años también establece un sistema de prórrogas anuales obligatorias para el arrendador y potestativas para el arrendatario. En este caso el número máximo de prórrogas es de tres, «si llegada la fecha del vencimiento del contrato, una vez transcurridos cinco años de duración de aquel, ninguna de las partes ha notificado a la otra, con un mes de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo». Al contrato prorrogado le seguirá siendo de aplicación el mismo régimen legal y convencional que se hubiera pactado inicialmente (art. 10).

Del texto de la Ley cabe interpretar que se refiere a un contrato de duración pactada igual o superior a cinco años, no al contrato de duración inferior con prórrogas anuales obligatorias hasta llegar a ellos (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001). No obstante, algún autor manifiesta que también es aplicable a los contratos inferiores a cinco años una vez se ha superado dicho umbral con las sucesivas prórrogas.

La SAP Cádiz 15 junio 2004 (JURR 2004/258367) también se manifiesta en ese sentido: «una vez cumplido ese plazo mínimo [prórrogas ex art. 9] ya no se asegura pero si se facilita al arrendatario una nueva permanencia de hasta tres años más, siempre que no se manifieste, en tiempo oportuno, una voluntad en contrario».

A diferencia de lo que sucedía con las prórrogas anuales del art. 9 –que son obligatorias para el arrendador–, en este caso cualquiera de las partes puede evitar el nacimiento de una nueva prórroga anual si manifiesta en forma su oposición (ESTRUCH ESTRUCH, 2007).

4.4.6. Desistimiento del contrato

La regla general aplicable a cualquier tipo de contrato es la interdicción del desistimiento unilateral se deduce del art. 1.256 cc al establecer que: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», y la obligación de indemnizar por haber incumplido el plazo contractual se infiere del art. 1.101: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas».

En la LAU se establece un doble régimen para el desistimiento, según la duración que tenga el contrato:

a) De modo expreso se estable el desistimiento –*ad nutum*– sin necesidad de alegar causa alguna (De Pablo Contreras, 2000) que constituye una excepción al régimen general del art. 1.256 cc. La LAU en el art. 11.1 al autoriza al arrendatario el desistimiento del contrato, en aquellos casos en los que la duración pactada sea superior a cinco años, y siempre que el mismo ya hubiere durado al menos cinco años; al arrendatario solo se le exige que preavise con dos meses de antelación.

Se admite el pacto por el que arrendatario, en caso de desistimiento en las circunstancias descritas, pague una indemnización de una mensualidad de renta por cada año del contrato que reste por cumplir (art. 11.2). Algún autor estima más correcto hablar del «precio del desistimiento» que de indemnización, señalando que esa indemnización constituye un tope máximo (Estruch Estruch, 2007).

b) En el caso de los contratos de duración inferior a cinco años; en mi opinión, ante el silencio legal hay que aplicar los régimen supletorios del art. 4.2 LAU, de modo que se permite que las partes pacten el tipo de indemnización que estimen conveniente, en su defecto se aplicarán las normas generales del cc para los casos de incumplimiento (arts. 1.101, 1.124, 1.256 y 1.556 cc) lo que al final también comporta, junto a la resolución o al cumplimiento, una indemnización por daños y perjuicios. Esta misma solución es la que se aplica a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda (art. 4.3).

La TRLAU/64 establecía una suerte de indemnización *ex lege* para el caso de desistimiento unilateral (art. 56) consistente en «una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir». La jurisprudencia suavizó este criterio al establecer que: «en el momento de la ocupación por tercero del local cesa la obligación para el ex-arrendatario del abono de indemnización» (STS 15 junio 1993 [RJA 4835], 21/1/ y 28 febrero 1996 [RJA 1271], 30 marzo 2000 [RJA 1785] y 23 abril 2001). La STS 30 abril 2007 (RJA 2391) estima que: «que el art. 56 presupone la existencia del daño si el local permanece desocupado, no en otro caso, pues existiría un enriquecimiento injusto del arrendatario, que cobraría la indemnización por el daño y la renta del nuevo arrendamiento».

En el caso de LAU/94, la jurisprudencia ha tratado de modo parecido los supuestos de arrendamiento de vivienda de duración inferior a cinco años y los arrendamientos distintos al de vivienda. Se establece como criterio general, salvo pacto en contrario, que la indemnización consistirá en el pago «las rentas dejadas de devengar durante el periodo que restaba de cumplimiento del contrato o hasta el momento en el que el inmueble hubiese sido arrendado de nuevo por el arrendador [...] El criterio indemnizatorio señalado se justifica por la pérdida de unas rentas pactadas pero tal justificación cesa en el momento que el propietario arrendador vuelve a utilizar la vivienda para sí o para un tercero». SSAAPP Murcia (Sección 5ª) de 29 noviembre 2005 (AC 2005\2400) y Madrid (Sección 20ª) de 4 febrero 2005 (JUR 2005\110025).

4.4.7. Desistimiento en caso de matrimonio o convivencia

El art. 12 LAU regula el caso de que el arrendatario está caso o convive con otra persona y antes de terminar el arrendamiento desiste del contrato o no renueva el contrato. El precepto distingue dos situaciones:

a) El arrendatario manifiesta su voluntad de no renovar o de desistir del contrato, sin el consentimiento del cónyuge que conviniera con él, podrá continuar el contrato de arrendamiento en beneficio de ese otro cónyuge (o pareja de hecho). En este caso el podrá requerir al otro cónyuge para que en 15 día manifieste su voluntad de continuar en el arrendamiento (art. 12.1 y 2).

En el caso de no contestar, el arrendamiento se extingue debiendo pagar la renta correspondiente hasta la extinción.

b) En el caso de que arrendatario abandone la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, le corresponde al cónyuge notificar al arrendador, en el plazo de un mes desde el abandono, su voluntad de ser arrendatario (art. 12. 3).

Lo dispuesto en favor del cónyuge conviviente es de aplicación en favor de la persona que hubiere «venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia» (art. 12.4).

Es de destacar que el art. 12.4 LAU/94 (junto con el 16.1.b) constituye la primera manifestación del legislador español reconociendo efectos jurídicos a las parejas de hecho, así como la primera aplicación del art. 14 de la Constitución en aras de la equiparación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales.

4.4.8. Uso de la vivienda en caso de nulidad, separación o divorcio

Dispone el artículo 15 que, en los casos de nulidad de matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil, para lo cual deberá notificarlo al arrendador en el plazo de dos meses desde que le sea notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando su copia o parte de la misma que afecta al uso de la vivienda. Parece que el cónyuge arrendatario no pierde su cualidad de titular del contrato (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En mi opinión hubiera sido más deseable que se hubiera establecido una subrogación del cónyuge en el contrato de arrendamiento, de este modo se evitaría que el cónyuge titular del arrendamiento pueda provocar, con el impago de las rentas, el desahucio de quien continúa con el uso de la vivienda.

4.4.9. Enajenación de la vivienda arrendada

En el artículo 14 LAU se parte de la idea básica de que el arrendamiento no se extingue con ocasión de la compraventa. El nuevo comprador deberá soportar la carga del arrendamiento hasta su extinción en idénticas condiciones a las que fue pactado. El adquirente se subroga en caso de enajenación en la cualidad de arrendador, aunque el arrendamiento no esté inscrito en el Registro de la propiedad y el comprador desconociese la realidad de su existencia (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El régimen de la LAU es contrario al del Código (art. 1.571) donde impera el principio «venta quita renta».

La LAU distingue entre contratos inferiores o superiores a 5 años:

a) en el primer caso el contrato, el comprador queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador. De modo que si el contrato es inferior a cinco años el arrendatario continuará disfrutando de las prórrogas legales anuales.

b) Si la duración pactada fuese superior a cinco años, el adquirente, si que está protegido por el artículo 34 LH, de modo que salvo que el contrato esté inscrito en el Registro de la Propiedad solo ha de soportarlo por el tiempo que reste hasta que se cumplan cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con un mes de renta en vigor por cada año de contrato que excedan de los cinco hasta finalizar el contrato. En cambio, si el arrendamiento está inscrito el comprador ha de soportarlo hasta su completa duración.

Cuando las partes (arrendador y arrendatario) hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, se preceptúa que «el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años».

Entiendo que el legislador ha intentado evitar la picaresca de que el arrendador introduzca en el contrato cláusulas relativas a la venta del inmueble en el contrato para evitar la prórroga legal.

En el caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en el art. 25 LAU.

4.4.10. Muerte del arrendatario

En principio, el arrendamiento se extingue a la muerte del arrendatario. Pero el artículo 16 LAU otorga la posibilidad de subrogarse en el contrato a una serie de personas que convivieren con el arrendatario al tiempo del fallecimiento.

Este es el caso del cónyuge, y otra serie de personas (a las que se exige una convivencia habitual mínima con el arrendatario de dos años antes del fallecimiento), como el conviviente o pareja de hecho, descendientes ascendientes, hermanos, parientes colaterales hasta tercer grado con minusvalía del 65 por 100.

A todas estas personas se les otorga la facultad de «subrogarse en el contrato» (art. 16.3) notificándolo al arrendador (junto con el certificado de defunción y la prueba del parentesco) en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En la el art. 16.2 se establecen las reglas de prelación para la subrogación cuando existen varias de las personas a las que asiste ese derecho.

El art. 16.4 autoriza que en los arrendamientos cuya duración pactada sea superior a cinco años, las partes pacten que no haya subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, «cuando este tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento», o que el arrendamiento se extinga «a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiere producido con anterioridad» (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

4.4.11. La renta

a) La determinación de la renta y la prueba del pago

El art. 17 LAU/94 establece el principio de la libertad para la estipulación de la renta, tanto para los arrendamientos de vivienda como para los de uso distinto al de vivienda. El precio de la renta será «cierto» por aplicación de lo dispuesto de los criterios del CC, asimismo la LAU presupone que el pago será en dinero, si bien caben arrendamientos en los que parte de la renta se paga en especie como es el caso de los arrendamientos «ad meliorandum» en los que el arrendatario además de pagar en dinero se obliga a realizar obras en la cosa arrendada (Verdera Server, 2007). Este es el caso de la STS 10 mayo 2006 (RJA 2210).

El pago de la renta será mensual y habrá de efectuarse en los siete primeros días del mes, salvo pacto en contrario. En ningún caso podrá el arrendador exigir el pago anticipado de más de una mensualidad de renta (art. 17.2). El pago se efectuará en el lugar y por el procedimiento que acuerden las partes o, en su defecto, en metálico y en la vivienda arrendada (art. 17.2).

La cláusula por la que se anticipa el pago de varios meses de renta debe estipularse nula y el arrendatario podrá exigir la restitución de las cantidades anticipadas (Verdera Server, 2007).

Se exceptúa de la libertad de las partes para fijar la cuantía de la renta lo dispuesto en la disp. adic. 1ª.2 LAU/94 respecto de los arrendamientos de viviendas de protección oficial.

Imperativamente se preceptúa la obligación de dar recibo del pago, «salvo que se hubiere pactado que este se realice mediante procedimientos que acrediten el efectivo cumplimiento de la obligación de pago por el arrendatario»; así, por ejemplo, el ingreso en cuenta corriente bancaria o transferencia de la misma índole (arts. 17 y 4).

El recibo o documento acreditativo que lo sustituya deberá contener separadamente las cantidades abonadas por los distintos conceptos de los que se componga la totalidad del pago y, específicamente, la renta en vigor (art. 17 *in fine*). Si el arrendador no hace entrega del recibo, serán de su cuenta todos los gastos que se originen al arrendatario para dejar constancia del pago.

b) Los gastos generales

Los gastos generales para el adecuado sostenimiento de la vivienda arrendada serán a cargo del arrendatario cuando así se haya pactado expresamente; así como sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios (art. 20. 1 LAU/94). En los edificios en régimen de propiedad horizontal tales gastos serán los que correspondan a la finca arrendada en función de su cuota de participación, estos son los popularmente conocidos como «gastos de comunidad».

Este pacto, según el art. 20.2 LAU, solo será válido si consta por escrito y determinar el importe anual de dichos gastos a la fecha del contrato. Durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aquellos gastos, a excepción de los tributos, podrán incrementarse anualmente pero nunca en un porcentaje superior al doble del que puede actualizarse la renta con arreglo al art. 18.1 LAU (es decir, el doble del IPC).

Los gastos por servicios con que cuente la finca arrendada que se individualicen mediante aparatos contadores (electricidad, gas, agua, teléfono, etc.) serán en todo caso de cuenta del arrendatario (art. 20.3). El arrendador también está obligado a exigir recibo de modo similar a como sucede con el pago de la renta (art. 17.4).

c) La actualización de la renta

El sistema de actualización de la renta varía según que nos encontremos en el tramo correspondiente a los cinco primeros años o en el tramo posterior:

1º Durante los 5 primeros años la renta puede actualizarse por el procedimiento que señala el artículo 18.1: en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del contrato se aplica a la renta correspondiente a la anualidad anterior la variación porcentual experimentada por el índice General Nacional del Sistema de índices de Precios al Consumo (IPC), correspondiente al periodo de doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de cada actualización.
2º A partir del sexto año de duración, las partes tienen plena libertad para fijar el procedimiento y cuantía de actualización de la renta. En defecto de pacto se aplicará el sistema que la ley aplica a los cinco primeros años.

El arrendador puede exigir la renta actualizada a partir del mes siguiente «a aquel en que la parte interesada lo notifique a la otra parte por escrito, expresando el porcentaje de alteración aplicado y acompañando, si el arrendatario lo exigiera, la oportuna certificación del Instituto Nacional de Estadística, o haciendo referencia al *Boletín Oficial* en que se haya publicado. Será válida la notificación efectuada por nota en el recibo de la mensualidad del pago precedente» (art. 18.3 LAU/94).

d) La elevación de la renta

La renta podrá ser elevada por el arrendador, salvo pacto en contrario, por la realización de obras de mejora, una vez transcurridos cinco años de duración del contrato, sin que el aumento pueda exceder el aumento del 20 por 100 de la renta vigente en aquel momento (art. 19.1).

La cuantía se calcula aplicando al capital invertido en la mejora el tipo de interés legal del dinero en el momento de la terminación de las obras incrementado en tres puntos.

En el art. 19.2 y 3 LAU se establecen los criterios para repercutir el importe de mejora, en los casos en que las obras se realicen en edificios de varias fincas, arbitrando distintas soluciones según que el edificio esté en régimen de propiedad horizontal o no.

4.4.12. La realización de obras en el inmueble

a) Obras efectuadas por el arrendador

A.1. Obras necesarias de conservación. El arrendador está obligado a realizar las obras necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo que el deterioro sea imputable al arrendatario (art. 21.1 LAU) en cuyo caso la obligación de reparar será a cargo del arrendatario. Tampoco tendrá obligación de reparar el propietario cuando se trate de la destrucción de la vivienda por causa no imputable al arrendador, puesto que la pérdida de la cosa se considera causa de extinción del contrato (art. 28.b LAU).

La «necesidad» de las obras también se refiere a aquellas que ordene la autoridad competente (art. 26 LAU). Generalmente estas obras se ordenan por motivos de higiene, salubridad, etc. y también competen al arrendador (De Pablo Contreras, 2000).

A.2. Obras de mejora. El arrendador podrá realizar obras de mejora que razonablemente no puedan dilatarse hasta la finalización del arrendamiento. Ha de notificarlas al arrendatario, el cual podrá desistir del contrato, salvo que las obras no afecten o afecten de modo irrelevante a la vivienda (art. 22.1 LAU).

El arrendatario que soporte las obras tendrá derecho una reducción de la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que se vea privado por causa de aquellas, así como a la indemnización de los gastos que las obras le obliguen a efectuar (art. 22.2 LAU).

Sin embargo, la situación cambia cuando ya han transcurrido cinco años de duración del contrato, puesto que en ese caso las obras de mejora, como ya hemos visto, permitirán al arrendador elevar la renta anual (art. 19.1 LAU). Entiendo, que siempre que el arrendatario «no tenga que soportarlas», es decir que no le causen perjuicio.

b) Obras efectuadas por el arrendatario

B.1. Obras de mantenimiento. Las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario (art. 21.1, 2 y 4).

B.2. Obras de adecuación por minusvalía. El arrendatario con minusvalía, previa notificación al arrendador por escrito, podrá realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuarla a su condición o a la de su cónyuge o a la de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivan. El arrendatario estará obligado, si lo exigiere el arrendador, a reponer la vivienda a su estado originario al terminar el contrato (art. 24).

B.3. Obras prohibidas. Al arrendatario se le prohíbe realizar, salvo consentimiento por escrito del arrendador, obras que «modifiquen la configuración» de la vivienda o de los accesorios arrendados «o que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la misma». Si las hace sin permiso del arrendador, incurre en causa de resolución del contrato, y, además, ha de reponer a su costa las cosas a su estado primitivo, si el arrendador no quiere conservar la modificación efectuada, *a la conclusión del contrato.* Si las obras afectan a la estabilidad o seguridad, el arrendador puede exigir la reposición de inmediato (art. 23).

A *senso* contrario se entiende que el arrendatario podrá efectuar todas las obras que no entren dentro de los conceptos que prohíbe expresamente la ley.

c) Obligaciones y derechos del arrendatario en caso de obra

El arrendatario tiene obligación de tolerar las obras necesarias de conservación si no pueden demorarse hasta la conclusión del contrato, pero tendrá derecho a una reducción de la renta proporcional a la parte de vivienda de que se vea privado si duran más de veinte días (art. 21.2 LAU). También ha de tolerar las obras de mejora cuya ejecución no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento (art. 22.1 LAU), pero tendrá derecho a desistir del contrato (art. 22.2) o solicitar una reducción de la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que se vea privado por causa de aquellas, así como a la indemnización de los gastos que las obras le obliguen a efectuar (art. 22.3 LAU).

El arrendatario tiene la obligación de poner en conocimiento del arrendador, en el más breve plazo posible, la necesidad de las reparaciones, pero en todo momento, y previa comunicación

al arrendador, podrá el arrendatario realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador (art. 21.4 LAU).

4.4.13. El derecho de adquisición preferente del arrendatario

Este derecho está contemplado en el art. 25 LAU/94 para «el caso de venta de la finca arrendada». Se desdobla en un derecho de tanteo y en un derecho de retracto, a ejercitar por el arrendatario en los plazos que el precepto señala (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El derecho de tanteo permite al arrendatario adquirir la vivienda por el mismo precio y condiciones que un tercero; datos que le serán notificados fehacientemente por el vendedor. Este derecho se tendrá que ejercer dentro de los 30 días siguientes a la notificación.

El arrendatario tiene derecho al retracto si las condiciones en que se le notificó para tantear en que un tercero iba a adquirir (precio y demás condiciones esenciales) no coinciden con aquellas en que se realizó la transmisión, o cuando nada se le hubiere notificado (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada (art. 25.3).

Una excepción a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble (art. 25.7 LAU).

Es admisible el pacto por el que el arrendatario renuncia a los derechos de tanteo y retracto «en contratos de duración pactada superior a cinco años» (art. 25.8 LAU).

4.4.14. La suspensión, resolución y extinción del contrato

a) La suspensión

Según el art. 26 LAU, el arrendatario tiene la opción entre suspender el contrato o desistir del mismo sin indemnización, «cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por la autoridad competente la hagan inhabitable». La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del *plazo contractual* y la suspensión del pago de la renta.

b) La resolución del contrato

El incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato, facultará a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil (art. 27 LAU/94).

Además, se faculta al arrendador *a resolver de pleno derecho* el contrato por las causas que enumera el apartado 2:

a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario.
b) La falta de pago del importe de la fianza o de su actualización.
c) El subarriendo o la cesión inconsentidos.
d) La realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de este sea necesario.
e) Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.
f) Cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.

Al arrendatario se le faculta para resolver el contrato (art. 27.3) en los siguientes casos:

a) La no realización por el arrendador de las reparaciones [obras de conservación] a que se refiere el art. 21.
b) La perturbación de hecho o de derecho que realice el arrendador en la utilización de la vivienda.

c) La extinción del contrato

El contrato de arrendamiento se extinguirá, además de por las restantes causas contempladas en el presente Título, por las siguientes (art.28 LAU/94):

a) Por la pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador.
b) Por la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente.

4.5. El régimen legal del arrendamiento para uso distinto del de vivienda

El art. 3 LAU define el arrendamiento para uso distinto al de vivienda como aquel que «recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior [vivienda]. En el art. 3.2 de modo ejemplificativo, se establece un elenco de supuestos de arrendamientos distintos al de vivienda: «2. En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren».

La redacción de este precepto permite inferir que el denominado arrendamiento de industria continuará excluido de la LAU y se la aplicarán las disposiciones del CC (Lacruz, 1999).

Los arrendamientos distintos al de vivienda «por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III, de la Ley y, en último término, supletoriamente por el Código Civil (art. 4.3).

Las normas del Título III de la LAU, a diferencia de las del Título II que tienen carácter tuitivo de los derechos del arrendatario, se caracterizan por tener una gran flexibilidad, abandonando el sistema excesivamente regularizado de la LAU/64 (Lacruz, 1999). Este título contiene una serie de normas sobre aspectos concretos de la relación arrendaticia, aunque no la reúnan de un modo completo y sistemático, puesto que como ya hemos mencionado, estos arrendamientos se rigen principalmente, por la voluntad de las partes (art. 4.3). En ocasiones hay remisiones a las disposiciones en materia de arrendamiento de vivienda. De modo que cabe concluir que, todo el Título III posee un carácter eminentemente dispositivo; es la regulación que el legislador estima como más justa, pero no la impone (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

A) Enajenación de la finca arrendada. El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en la situación jurídica de arrendador, salvo que en él concurran los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (art. 29). No se distingue entre las enajenaciones voluntarias y las forzosas.

La STS 21 julio 1998 establece que: «El artículo 29 de la Ley 29/1994 dispone que, en la coyuntura de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, excepto si concurren en aquel los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y con arreglo a la legislación anterior, el adquirente de los derechos del arrendador quedaba subrogado en los derechos y obligaciones del arriendo, salvo la prueba de que el contrato se hubiera concertado en fraude de ley».

B) Obras de conservación y mejora. El art. 30 LAU remite en esta materia a la normativa del arrendamiento de vivienda. Serán de aplicación los arts. 21 (obras de conservación), art. 22 (obras de mejora), art. 23 (obras del arrendatario), art. 26 (suspensión contrato por obras que hagan inhabitable la vivienda) y art. 19 (elevación de la renta por mejoras).

C) Derecho de adquisición preferente del arrendatario. Se aplica el mismo régimen que para el establecido en el art. 25 para el arrendamiento de vivienda por remisión expresa del art. 31 LAU.

D) Cesión del contrato y subarriendo. El art. 32 reconoce al arrendatario de finca para uso distinto al de vivienda la posibilidad de subarrendar como la de ceder libremente el contrato, es decir sin consentimiento del arrendador. Esta facultad se aparta totalmente del régimen para la cesión y subarrendamiento de vivienda (art. 8 LAU), además cabe la posibilidad del subarrendamiento total. El régimen del art. 32 viene a ser coincidente con el del art. 1.550 CC (BERCOVITZ y VALLADARES, 2004).

El arrendador en caso de arrendamiento o cesión tiene derecho a un aumento de la renta de vigor (10 por 100, si el subarriendo es parcial; 20 por 100 en caso de cesión o subarriendo total) (art. 32.2 LAU).

No se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación prevista anteriormente (art. 32.3 LAU).

Tanto la cesión como el subarriendo deberán notificarse de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes desde que aquellos se hubieran concertado (art. 32.4 LAU). La falta de esta notificación posterior dará lugar a la resolución del contrato (art. 35).

E) Muerte del arrendatario. Cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, tiene derecho a subrogarse en el arrendamiento el heredero o legatario que *continúe el* ejercicio de la actividad. La opción a la subrogación deberá notificarse por escrito al arrendador dentro de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario (art. 33 LAU).

F) Indemnización al arrendatario. La extinción por transcurso del *término convencional* del arrendamiento de una finca en la que durante los últimos cinco años se haya venido ejerciendo una actividad co*mercial de venta al público*, dará derecho al arrendatario a una indemnización. Siempre que el arrendatario cuatro meses antes expiración contrato haya

manifestado voluntad renovar el contrato por un mínimo de cinco años más y una renta de mercado (art. 34 LAU). Este derecho del arrendatario tiene como presupuesto o bien una pérdida de la clientela o un aprovechamiento de la misma por el arrendador o por un tercero.

La cuantía de la indemnización variará según que:

a) El arrendatario volviese a ejercer en los seis meses siguientes en el mismo municipio la misma actividad a que se dedicaba anteriormente en el local arrendado, en este caso la indemnización comprenderá los gastos del traslado y los perjuicios derivados de la pérdida de clientela ocurrida con respecto a la que tuviera en el local anterior, calculada con respecto a la habida durante los seis primeros meses de la nueva actividad.

b) Si el arrendatario inicia una actividad diferente o no inicia actividad alguna, dentro de los seis meses siguientes, y el arrendador o un tercero desarrollan en la finca dentro del mismo plazo la misma actividad o una afín a la desarrollada por el arrendatario, la indemnización será de una mensualidad por año de duración del contrato, con un máximo de dieciocho mensualidades.
Se consideran afines las actividades típicamente aptas para beneficiarse, aunque solo sea parcialmente, de la clientela lograda por el arrendatario.

G) Resolución del contrato. Son aplicables, para la resolución de pleno derecho por el arrendador, las causas de las letras *a), b) y e)* del artículo 27.2. También se resolverá si incumple el arrendatario la obligación de notificar a aquel la cesión o subarriendo del local.

4.6. Disposiciones comunes a los arrendamientos de la LAU/94

1) La fianza. Será obligatoria la exigencia por el arrendador y la prestación por el arrendatario de una fianza equivalente al importe de una mensualidad en el arrendamiento de vivienda y de dos en el arrendamiento para otros usos distintos del de vivienda. La LAU da reglas para la actualización de la fianza, y establece la obligación de su restitución al final del arriendo, con devengo del interés legal si transcurre un mes desde la entrega de llaves sin haberse hecho efectiva la restitución (art. 36).

Las partes, además de la fianza en metálico que tiene carácter obligatorio, podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias (art. 36.5).

2) La forma del arrendamiento. En materia de arrendamientos sometidos a la LAU, rige el principio de libertad de forma del CC (art. 1.278 CC), puesto que esta Ley no impone ninguna forma para la perfección del contrato. No obstante, el art. 37 LAU, de modo parecido a como lo hace el art. 1.279 CC, establece que:

Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento.

En este caso, se hará constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado.

LECTURAS RECOMENDADAS

COLINA GAREA, R.: *El arrendamiento de vivienda por temporada académica*, Barcelona 1998 y «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación o divorcio», *Revista de Derecho Privado*, abril 1998, págs. 286 a 317.

RODRÍGUEZ MARÍN, C.: «La indemnización por clientela del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Cuadernos de Derecho y Comercio,* nº 123, 1997, págs. 157 a 180.

Tema 21
Comodato, precario y mutuo

1. EL PRÉSTAMO EN GENERAL

Bajo la denominación general de «préstamo» regula el Código Civil dos contratos, en razón del objeto del mismo: el comodato o préstamo de uso, en virtud del cual el prestamista entrega al prestatario una *cosa no fungibl*e (no consumibl, (por ejemplo, un libro, una bicicleta) para que la use durante cierto tiempo y se la devuelva; y el mutuo o simple préstamo (o préstamo de consumo), por el que el prestamista entrega al prestatario una *cosa consumibl*e (dinero, patatas, aceite) con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1.740) (Bercovitz y Valladares, 2004).

El mecanismo esencial del préstamo como figura general está constituido por la entrega y restitución del objeto prestado. La entrega se hace para que el prestatario use de la cosa (comodato) o goce de ella en el sentido más amplio posible (mutuo o simple préstamo) (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La unificación de ambas figuras, aunque solo sea a efectos formales, encuentra su razón de ser en esa común idea de entrega y posterior restitución, si bien el Código después de establecer una única disposición común las trata en capítulos separados como contratos diferentes que son (De Ángel Yágüez, 1991).

El préstamo es un contrato real lo que supone que para perfeccionarse y obligar a las partes no basta el mero consentimiento sino que, además, requiere la entrega de la cosa (Bercovitz y Valladares, 2004). De modo que si no ha tenido lugar la entrega material, no existe obligación alguna a cargo del prestatario (Díez- Picazo y Gullón, 2001).

En la definición de art. 1.740 cc al decir que una de las partes «entrega» a la otra «una cosa» queda patente su carácter real; puesto que de haber querido otorgarle naturaleza consensual se hubiese utilizado la fórmula general «se obliga... a entregar» (o a dar el goce, o el uso, o a poner en común o prestar algún servicio) como sucede con la compraventa (art. 1.445 cc) o el arrendamiento (1.538), 1.665 (sociedad) y 1.709 (mandato) (De Ángel Yágüez, 1991).

La jurisprudencia también mantiene que el carácter real de estos contratos no es absoluto. Así la sts 26 marzo 2007 (rja 2343) establece que:

> El artículo 1740 del cc («por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra...») se apartó del precedente representado por el artículo 1630 del Proyecto de 1851 («préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa...») y atribuyó a la *datio rei* la función de presupuesto del nacimiento de la obligación del prestatario, con lo que configuró el préstamo como un contrato de naturaleza real, en el que la entrega quedó convertida en elemento constitutivo o necesario para la existencia del mismo (sentencias de 11 de mayo de 1962 y 8 de julio de 1974, 7 [rja 7715] y 27 de octubre de 1994 [rja 7870], 22 de mayo de 2001 [rja 6466] y 11 de julio de 2002 [rja 6044]).
>
> Sin embargo, esa consideración de la entrega como requisito de la perfección del préstamo en nuestro cc y la falta de toda regulación de su fase consensual no constituyen obstáculo para admitir la validez y eficacia del contrato por el que, en ejercicio de su autonomía de voluntad (artículo 1.255 del Código Civil), una de las partes se obligue a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo.

2. EL COMODATO

El comodato aparece definido en el art. 1.740 CC: «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato...».

El comodato, o préstamo de uso, es de carácter esencialmente gratuito. Si se pacta una contraprestación o precio el contrato no será de comodato, sino que se transforma en un contrato de arrendamiento de cosa (art. 1.741). Puesto que la cesión del uso de una cosa a cambio de un precio constituye uno de los caracteres del contrato de arrendamiento. Por tanto es la ausencia de contraprestación lo que distingue este contrato del de comodato (Bercovitz y Valladares, 2004). En parecidos términos, la ausencia de precio era la que distinguía entre la permuta y la donación.

El comodato es un contrato unilateral, que se deriva de su condición de contrato real, puesto que al perfeccionarse por la entrega de la cosa crea obligaciones solo para el comodatario, la devolución de la cosa. El comodante no ha de ser necesariamente propietario de la cosa, basta con que tenga un derecho de uso sobre la misma que no sea de carácter personalísimo (De Ángel Yágüez, 1991).

El comodante conserva el derecho (propiedad, usufructo, etc.) que tuviera sobre la cosa dada en comodato, y el comodatario su uso, pero no los frutos (art. 1.741), puesto que si bien la finalidad económica de este contrato es la «cesión del uso», ha de tratarse de un uso que no dé lugar a la extinción o consunción de la cosa. El comodatario está obligado a destinar la cosa al uso pactado (art. 1.744) o, en su defecto, al determinado por la costumbre de la tierra (art. 1.750). Como quiera que la finalidad del comodato es la cesión del uso y no el del dominio de la cosa el comodante conservará –si es dueño- la acción reivindicatoria (De Ángel Yágüez, 1991).

El objeto del contrato de comodato –según Díez-Picazo y Gullón (2001)– lo constituyen cosas (muebles o inmuebles) que no se consumen por el uso, puesto que este el sentido en el que el Código utiliza la expresión *cosa fungible*. No obstante, cabe la posibilidad de un comodato que recaiga sobre cosas consumibles, siempre y cuando el uso pactado no conlleve su consumo. Ej. Préstamo de naranjas para ser objeto de una exposición.

En cuanto a la duración del contrato, vendrá determinada, en primer lugar, por la conclusión del uso para el que se prestó (ej. te presto mi bici mientras reparas tu coche, te dejo mi apartamento de la estación de esquí durante la temporada de nieve); y, en su defecto, por el convenio de las partes. Si no es aplicable ninguno de estos criterios, el comodante podrá reclamar la restitución a su voluntad (arts. 1.744, 1.749 y 1.750).

El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios, necesarios para el uso y conservación de la cosa y a devolverla al acabar el comodato. Si retrasa la entrega responderá, incluso, de la pérdida por caso fortuito (art. 1.744).

El comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados para la conservación de la cosa, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos; no será precisa esta notificación cuando fueren tan urgentes que no pudiera esperarse su resultado sin peligro (art. 1.751).

3. EL PRECARIO

El precario es una especie de comodato que permite el uso de una cosa, con la particularidad de que el comodante puede reclamarla a su voluntad. Se trata de un comodato en el que no se ha pactado un plazo de duración ni este puede deducirse de la naturaleza y circunstancias del uso. Se trata de una excepción al art. 1.128 que deja a los Tribunales la fijación del plazo (De Ángel Yágüez, 1991).

Para un sector doctrinal, el precario es una mera situación posesoria, no es una situación contractual. En todo caso para que exista precario es requisito necesario la falta de pago de renta o merced (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El cc no regula figura del precario, si bien aparece contemplado por el art. 250 de la lec, al regular el ámbito del juicio verbal:

> 1º Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
> 2º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

El precario se aplica sobre todo a bienes inmuebles (Lacruz, 1999). El Tribunal Supremo ha elaborado un concepto de precario que comprende los supuestos de *posesión concedida*, *posesión tolerada* y *posesión sin título*. (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

a) El supuesto de la posesión concedida consiste en una concesión graciosa, que supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria. Ej. Padre que autoriza a un hijo suyo para que viva en un piso de su propiedad. Este es el supuesto de hecho de la sts 26 diciembre 2005 (rja 2006, 180).

b) En la posesión tolerada hay una situación iniciada por el precarista sin previa concesión o voluntad expresa, pero que implica una actitud de condescendencia o de beneplácito. Ej. Propietario cuya propiedad ha sido invadida por unos «ocupas» y que temporalmente consiente la utilización de su inmueble.

c) En la posesión sin título, se incluye tanto a aquellos que carecen absolutamente de título y los de aquellos cuyo título ha dejado de tener eficacia. Ej. inquilino que permanece en el inmueble tras haber finalizado el contrato de arrendamiento.

La sts 29 febrero 2000 (rja 1301) establece que: «Se permite ejercitar el juicio de desahucio por precario contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced...» o como ha recogido la sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 1986 (rja 6017), la jurisprudencia ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender, no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva.

4. El CONTRATO DE PRÉSTAMO MUTUO

El cc contempla el mutuo en el art. 1.740 *in fine:* «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra [...] dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés [...]». El cc regula este contrato en

los arts. 1.753 a 1.757 CC. El CC contiene una regulación muy parca del préstamo que no guarda relación con la gran importancia del crédito en nuestros días (Martínez de Aguirre, 2000).

Por el contrato de mutuo o simple préstamo, el prestamista transmite al prestatario la propiedad de los bienes consumibles prestados, y este se obliga a restituirle otro tanto de la misma especie y calidad (Bercovitz y Valladares, 2004). De ahí que se establezca como diferencia entre el simple préstamo y el comodato, que el primero es traslativo de domino y el segundo tiene como finalidad la cesión del uso de la cosa (De Ángel Yágüez, 1991).

En la concepción del Código Civil, el mutuo es un contrato naturalmente gratuito: «no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado» (art. 1.755). Sin embargo, el artículo 1.756 establece que, cuando el prestatario haya pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamar su devolución ni pretender que se imputen al capital (Bercovitz y Valladares, 2004).

La obligación principal del prestatario es la de restituir, en el caso del dinero se aplicará el art. 1.170. Si es otra cosa fungible se deberá entregar una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad (art. 1.754). Esta obligación deberá cumplirse dentro del plazo pactado y a falta de este se aplicarán los arts. 1.125 y siguientes (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Aparte de las normas del Código Civil, otras leyes regulan tipos especiales de préstamo: el préstamo mercantil (art. 311 y ss. CCom), préstamos agrícolas, préstamos de los Montes de Piedad, etc. Existen, además, numerosos instrumentos normativos que contienen normas relativas a los préstamos concertados con consumidores (Ley de Créditos al Consumo, Circulares del Banco de España, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, etc.) (Bercovitz y Valladares, 2004).

En el caso del préstamo mercantil su régimen jurídico será el de los arts. 311 a 324 Ccom. Según el art. 311 para que el préstamo sea mercantil se requiere: «1º. ser comerciante alguno de los contratantes; y 2º, destinarse a las cosas prestadas a actos de comercio». No obstante, cabe sostener el carácter mercantil de los préstamos concedidos por quienes profesionalmente se dedican a hacerlo, como los bancos y otras entidades de crédito (De Ángel Yágüez, 1991).

5. EL PRÉSTAMO CON INTERÉS

5.1. El pacto de interés

El préstamo es gratuito, a menos que se hayan pactado intereses expresamente (art. 1.755 CC), si bien lo que para el Código es la excepción –la onerosidad- en la realidad constituye la regla general. Si bien es admisible el pacto de pagar intereses siempre que sea expreso (art. 1.755), el art. 1.756 establece que «el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital».

5.2. La prohibición de la usura

La cuantía de los intereses puede ser fijada libremente por las partes, si bien dentro de los límites establecidos por la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908 (Ley Azcárate); esta declara nulo el contrato en el que se estipule un interés *notablemente superior* al normal del dinero, o en condiciones leoninas (Bercovitz y Valladares, 2004).

El art. 1º de la Ley de la Usura establece que:

> Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para pensar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias.

La jurisprudencia del TS ha establecido que ese artículo contempla tres clases de préstamos usurarios (Martínez de Aguirre, 2000):

A) Préstamos que establecen un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

 Es de tener en cuenta que art. 19 de la Ley 7/1995, de 23 marzo de crédito al consumo que establece la nulidad del contrato de préstamo cuando en el mismo conste «un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero».

 La STS 7 mayo 2002 (RJA 2002/4045) que establece: «El párrafo 1º del art. 1 determina la nulidad de todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

B) Préstamos leoninos, aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.

C) Aquellos en los que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada.

La acción de nulidad aparejada a la declaración de usurario de un préstamo conlleva la restitución de las prestaciones al estado anterior a la celebración del contrato. Es decir, la devolución de la cantidad percibida como préstamo sin pagar el interés pactado. En este sentido el art. 3 de la Ley 23 julio 1908 establece que: «Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado».

La jurisprudencia ha estimado que la Ley Azcárate también es aplicable a los préstamos mercantiles.

La SAP de Asturias (S.4ª), de 22 octubre JUR 2003\11861, ha entendido que cabe la aplicación analógica del art. 19 de la Ley 7/1995 a todas las operaciones del préstamo o de crédito. Asimismo, la SAP de La Coruña (Sección 6ª) de 5 noviembre 2002JUR 2003\62967.

LECTURAS RECOMENDADAS

Bello Janeiro, D.: *El precario: estudio teórico práctico,* Granada, Comares, 1997.

Martí Martí, J.: «Desahucio por precario contra el movimiento "ocupa"», *La Ley*, nº 2, 2006, págs. 1340-1344.

Mena-Bernal Escobar, M. J.: «El comodato o el préstamo de uso», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 2, (*Derecho civil, derecho de obligaciones*), (coord. A. Cabanillas Sánchez), Civitas, Madrid, 2002.

Vivas Tesón, I.: *El contrato de comodato,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Tema 22
Mandato, prestación de servicios y ejecución de obra

1. CONTRATOS DIRIGIDOS A LA PRESTACIÓN DE UNA ACTIVIDAD

En el Código Civil se regulan tres figuras contractuales dirigidas a la prestación de una actividad: el mandato, el contrato de prestación de servicios y el contrato de ejecución de obra. Estas tres figuras presentan claras diferencias entre ellas; no es lo mismo gestionar los intereses de otro frente a terceros (mandato), prestar servicios en situación de dependencia (prestación de servicios), o quedar obligado a emplear la propia iniciativa para obtener un resultado por encargo de otra persona (contrato de obra) (Puig Brutau, 1986).

2. CONTRATO DE MANDATO

2.1. Concepto y clases

Según el artículo 1.709 cc: «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». Ej. Mediante el contrato de mandato el mandante puede obligar al mandatario a que le compre una finca en La Coruña a donde no puede desplazarse desde Castellón.

De acuerdo con Díez-Picazo y Gullón (2001), el prestar algún servicio o hacer alguna cosa también es obligación del arrendatario en el contrato de arrendamiento de servicios o de obra; el criterio distintivo entre ambos contratos se encuentra en el carácter gratuito del mandato. No obstante, la presunción de gratuidad del mandato puede pactarse una retribución. La retribución se presume cuando el mandatario tiene como profesión el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato (art. 171 I cc) (Bercovitz y Valladares, 2004).

2.2. Mandato y poder

El mandato puede estar unido a un poder de representación lo que condicionará sus efectos. En el caso de mandato con poder de representación el mandatario actúa en nombre y *por cuenta* del mandante, de forma que su actuación surte los mismos efectos que si el acto lo hubiera celebrado este. Si el mandante ordena al mandatario adquirir una finca y le otorga el correspondiente poder, es el mandatario quien realiza materialmente la declaración de voluntad; pero como lo hace en nombre del mandante, el comprador será directamente este.

En el supuesto de que el mandatario carezca de poder de representación, el mandatario actúa solo *por cuenta* del mandante, pero no en su nombre; en consecuencia, el acto realizado surte efectos en la esfera jurídica del mandatario, y este tendrá que transferir su resultado al mandante mediante otro negocio jurídico (Bercovitz y Valladares, 2004). Si el mandante no le otorgó el poder, el mandatario aparecerá como comprador y quedará obligado frente al vendedor; pero tendrá la obligación de celebrar una segunda compraventa para así transmitir la propiedad de lo comprado al mandante.

Puede darse también un poder sin mandato, como sucede, por ejemplo, cuando se apodera a un empleado para abrir una cuenta corriente: el poder se basa en la relación laboral, y no en el mandato (Bercovitz y Valladares, 2004).

2.3. Mandato general y especial

El mandato puede ser general, comprendiendo todos los asuntos del mandante, o especial cuando que se refiere a uno o más negocios determinados (art. 1.712). Además, si está concebido en términos generales comprende solo los actos de administración (art. 1.713).

Por tanto, si el mandato es general o especial y está concebido en términos generales (mandato que abarca todos los bienes del mandante, o el bien X), el mandatario está obligado a realizar los actos de administración pertinentes (enajenar frutos, cobrar rentas, etc.), pero no puede realizar actos de enajenación (vender bienes). Como señala el artículo 1.713, «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso».

2.4. Obligaciones del mandatario

a) El mandatario está obligado a actuar según las instrucciones del mandante o, en su defecto, como lo haría un buen padre de familia según la naturaleza del negocio (art. 1.719), y dentro de los límites del mandato (art. 1.714). Sin embargo, no se considerarán traspasados los límites si este fuera cumplido de manera más ventajosa que la señalada por el mandante (art. 1.715). En todo caso, en lo que el mandatario se haya excedido del mandato no queda obligado el mandante si este no lo ratifica (art. 1.727) (Bercovitz y Valladares, 2004).

b) El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones, y a abonar o transmitir al mandante todo cuanto haya recibido en razón del mandato, incluso cuando se trate de un pago de lo indebido (art. 1.720). Aunque el mandato se extingue por la muerte de una de las partes (art. 1.732), está obligado también a concluir el negocio comenzado antes de la muerte del mandante si hubiere peligro en la tardanza (art. 1.718). Por último, deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al mandante en caso de incumplir el mandato (art. 1.718).

2.5. Obligaciones del mandante

El mandante está obligado al pago de la retribución convenida (en su caso), así como a reembolsar al mandatario lo que este anticipó, incluso cuando el negocio no ha salido bien sin culpa del mismo (art. 1.728). También debe anticipar, si el mandatario lo pide, lo necesario para la ejecución del mandato (art. 1.728), y cumplir las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato (art. 1.727). Por último, está obligado a indemnizar al mandatario los daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento del mandato, siempre que no se deban a culpa ni imprudencia de este (art. 1.729).

2.6. Extinción del mandato

El mandato se extingue por revocación del mandante, a su libre voluntad (art. 1.733); pero si se dio para contratar con personas determinadas, la revocación no puede perjudicarles si no se les ha hecho saber (art. 1.734). La revocación puede ser tácita, mediante el nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio (art. 1.735).

Se extingue también el mandato por renuncia del mandatario; pero este debe indemnizar al mandante de los perjuicios causados por la renuncia, salvo que la misma se funde en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento (art. 1.736). En todo caso, el mandatario debe continuar su gestión hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias al respecto (art. 1.737).

Por último, el mandato se extingue por quiebra, insolvencia o muerte de cualquiera de las partes. Pero el artículo 1.738 dispone que lo hecho por el mandatario ignorando que existe una causa de extinción del mandato sea válido, y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado ignorando también la existencia de esa causa (art. 1.738). Además, si muere el mandatario, sus herederos deberán comunicárselo al mandante, y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de este (art. 1.739).

3. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El arrendamiento de servicios, de acuerdo con el art. 1.544 CC es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a *prestar un servicio* y la otra a pagar un precio cierto (Bercovitz y Valladares, 2004).

El CC apenas regula el arrendamiento de servicios, por lo que se regirá fundamentalmente por los pactos de las partes. El art. 1.583 establece que puede contratarse sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. Pero advierte que el arrendamiento hecho para toda la vida es nulo (Bercovitz y Valladares, 2004).

El CC solo regula el servicio de criados y trabajadores asalariados, como si estos servicios fuesen los únicos susceptibles de arrendamiento. En la actualidad el trabajo de los asalariados se encuentra regulado por el Estatuto de los Trabajadores y, por lo tanto, ha quedado fuera del ámbito del Código Civil (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El contrato de servicios, hoy en día, ha quedado relegado al campo de los servicios no laborales, prestados por profesionales (liberales o no), artistas, artesanos o empresas dedicadas a la prestación de determinados servicios (Martínez de Aguirre, 2000).

Es reiterada la jurisprudencia del TS que ha configurado como arrendamiento de servicios a aquellos propios de las denominadas profesiones liberales, como abogados, médicos, arquitectos, etc. (Díez-Picazo y Gullón, 20001).

4. El CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA

4.1. Concepto

En el arrendamiento de obra, y a cambio de un precio cierto, unas de las partes se obliga a *ejecutar una obra* (Bercovitz y Valladares, 2004). En el arrendamiento de obra, la persona para la que se ejecuta la obra (dueño de la obra), está obligada a pagar el precio estipulado; y la persona que deba realizar la obra, contratista, está obligada a realizar y entregar la obra (arts. 1.588 y ss.).

El contrato de obra se distingue el arrendamiento de, porque en aquel el contratista se compromete a obtener el resultado de una labor, mientras que el contrato de servicios es un negocio de actividad (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El CC por razones históricas configura los contratos de servicios y de obra como arrendamientos, sin embargo, reconducir estos negocios al arrendamiento supone forzar excesivamente aquellas categorías, de ahí que la doctrina prefiera hablar de contrato de servicio y de obra (Martínez de Aguirre, 2000).

4.2. Fuentes legales

El CC regula el contrato de obra en los arts. 1.588 a 1.600, si bien se trata de un régimen insuficiente, asistemático y en algunos aspectos anacrónico (Martínez de Aguirre, 2000). El contrato de obra, tal como aparece regulado en el Código, parece pensado para regular únicamente la construcción de edificios (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Algunos contratos de obra han sido objeto de regulación sectorial, como sucede con los electrodomésticos, los automóviles o la construcción de inmuebles. Es de destacar la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (LOE).

4.3. Obligaciones de los contratantes

Los sujetos del contrato de obra son: el dueño de la obra o comitente, quien encarga la obra y se compromete a pagarla y el contratista que es el que se compromete a realizar la obra (Martínez de Aguirre, 2000).

La obligación principal del contratista es la realización de la obra en las condiciones y plazos establecidos en el contrato. En lo pactado se estará a lo establecido en el art. 1.258 del CC sobre la integración del contrato. El comitente o dueño de la obra está obligado al pago del precio del arrendamiento de obra (art. 1.544) y a la recepción de la obra (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

4.4. Modalidades de contrato de obra

La ejecución de la obra puede convenirse de varias formas:

a) Con o sin aportación de materiales. El art. 1.588 CC permite que el contratista además de su trabajo aporte los materiales, cuando dice que: «Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o industria, o que también suministre el material».

b) A precio alzado o por unidad de obra. En el primer caso señalando como objeto de la obra la totalidad de la misma.

Ej. Construir una casa por un precio global de 50.000 €. En el segundo, por unidad de obra se fracciona esta por piezas o medidas (art. 1.592 CC). Ej. Construcción de una casa a 500 € por metro cuadrado edificado.

4.5. La responsabilidad por ruina en el CC

En el art. 1.591, se establecen las responsabilidades que nacen de la ruina de una obra; la doctrina se refiere a la misma como la responsabilidad decenal del contratista: «El contratista de

un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años».

Dentro del término amplio de ruina, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido distinguiendo dos supuestos diferenciados: los vicios ruinógenos, que dan lugar a la aplicación del precepto y aquellos que recibiendo la denominación de no ruinógenos, excluyen la aplicación del precepto.

4.5.1. Los vicios ruinógenos

El término ruina del artículo 1.591, en principio, aparece unido al hecho físico del derrumbe o pérdida de la obra, sin embargo, ha sido interpretado en sentido muy amplio por la doctrina y la jurisprudencia. De modo que se ha extendido a otros supuestos diferentes al derrumbe o desaparición de la obra, esta ampliación incluye la ruina parcial, la futura y la ruina funcional.

a) Ruina parcial. El artículo 1.591-1º del Código Civil, se refiere a la ruina de un edificio, si bien, no precisa el alcance que deba tener esta. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que debe incluirse en el espíritu del precepto la ruina parcial. Contemplan la ruina parcial las SSTS, entre otras las de 17 diciembre 1997 (RJA 9099) y 8 mayo 1998.

b) Ruina futura o potencial. El concepto de ruina también ha de atender a un criterio temporal, de modo que, la ruina total o parcial, no existirá solo cuando se haya producido el derrumbe físico del edificio, sino también, cuando la obra se encuentre en una situación de peligro que haga prever que puedan ocasionarse esas consecuencias en un momento posterior, esta es la denominada ruina potencial o futura. El Tribunal Supremo se refiere a la ruina potencial en las 30 enero 1997 (RJA 845) y 4 marzo 1998 (RJA 1039).

c) Ruina funcional. Los casos de ruina parcial y potencial, si bien han supuesto una ampliación del concepto de ruina, sin embargo, no han abandonado la idea de destrucción física o derrumbe de la obra. La doctrina, mediante la noción de la ruina funcional, ha ampliado su contenido a aquellos supuestos en los que aunque las anomalías constructivas no comprometen la existencia, solidez o estabilidad de la edificación, sí que la afectan de modo que la hacen la impropia para el uso y destino para que fuera construida.

En ese sentido se ha pronunciado las SSTS 19 abril 1995, 29 mayo 1997, 4 marzo 1998, 6 marzo 1999, para las que la ruina funcional es la inutilidad de la cosa construida para su destino...

4.5.2. Los vicios no ruinógenos

Existen una serie de defectos de construcción que aún a pesar de la amplísima interpretación que doctrina y jurisprudencia han efectuado del término ruina, no caben dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.591. A estos vicios que no son capaces de generar la ruina del edificio, se les denomina «vicios no ruinógenos», en oposición a los otros vicios, a los que por su gravedad se les denomina «vicios ruinógenos» y que permiten la aplicación del artículo 1.591-1º.

Estos vicios constructivos menores carecen de normativa específica dentro del Código Civil, si bien, es unánime la opinión de que les son de aplicación la acción de incumplimiento contractual

ex artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, de modo que cuando un defecto constructivo no tenga carácter ruinógeno, se le aplicará la normativa general sobre incumplimiento quedando sustraído del ámbito de aplicación del artículo 1.591.[1] En cuanto a la posibilidad de aplicar los artículos 1.484 y siguientes donde se recogen las normas relativas al saneamiento por vicios ocultos, la doctrina mayoritaria se inclina por su no aplicación en el ámbito de la construcción.

4.6. La responsabilidad por ruina en la LOE

La Ley de Ordenación de la Edificación incide en la regulación tradicional del contrato de obra en el Código Civil, en especial con relación al régimen de garantías y responsabilidades del artículo 1.591 Código Civil. La técnica legislativa utilizada ha consistido en delimitar quienes son los agentes de la edificación (arts. 8 y ss. LOE), para luego establecer un específico régimen de garantías y responsabilidades (art. 17 y ss.).

A los efectos de la LOE se incluyen dentro del término edificación, tanto el propio edificio como las instalaciones fijas y el equipamiento propio y de los elementos de urbanización.

No están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE:

a) Los vicios constructivos de las obras inmobiliarias que no constituyan un edificio en el sentido del artículo de la LOE, es decir, el edificio en sí y los elementos de urbanización e instalaciones adscritos.

b) Quedan excluidas otras obras como muros, embalses, puentes, autopistas, etc.

c) Las nuevas construcciones de escasa entidad y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una única planta (art. 2.2 a LOE). Con ello se viene a restringir el ámbito de aplicación de la ley, quedando fuera supuestos como el de los buques, a los que el Tribunal Supremo en ocasiones había aplicado la doctrina del artículo 1.591 por vicios y defectos constructivos.

   Entre otras SSTS las de 12 de junio de 1989 (RJA 4422); 28 de octubre de 1989 (RJA 6969) y 29 de diciembre de 1993 (RJA 10160).

d) También quedan excluidas las construcciones no permanentes.

   La LOE ha dejado prácticamente vacío de contenido el art. 1.591 del CC que solo se aplicará a aquellas edificaciones no incluidas en su art. 2º:

En los arts. 17 a 19 se contempla el régimen de responsabilidad de los denominados agentes de la edificación. El plazo de prescripción de las acciones derivadas de esta ley depende de la clase de vicio constructivo y de acuerdo con el art. 17 LOE son los siguientes:

a) 10 años, para reclamar los daños materiales causados por vicios que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

b) 3 años, para reclamar los daños materiales causados en el edificio por vicios o por defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

1. En este sentido se manifiestan las STS de 10 noviembre 1994 y 30 enero 1997.

c) Un año, por los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

La LOE en su art. 19 ha establecido un sistema de seguro obligatorio a cargo del promotor para cubrir las responsabilidades dimanantes del proceso constructivo.

5. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE

La prestación de servicios por los denominados mediadores o corredores no está regulada por el Código Civil; este tipo de contrato ha sido regulado por la jurisprudencia y por los usos. (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Según el TS mediante el contrato de mediación una persona encarga a otra para que el informe sobre la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o que le sirva de intermediario, realizando las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades encaminado a su realización, a cambio de una retribución (sentencia 2 mayo 1963). También ha sido definido como «el poner en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio» (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La mediación es un contrato atípico que ha de regularse sobre todo por las estipulaciones de las partes, en su defecto por las disposiciones generales de la contratación del CC, y en último lugar por los usos y costumbres adecuados a su naturaleza jurídica (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

LECTURAS RECOMENDADAS

Arnau Moya, F.: *Los vicios de la construcción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y González Carrasco, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda,* 5º ed., Madrid, Dilex, 2005.

Colina Garea, R.: «La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación: delimitación de su ámbito objetivo de aplicación», *Revista de derecho privado*, nº 87, 9-10, 2003, págs. 565-629 y «Sobre la necesidad o no del carácter oculto de los vicios constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación» en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. González Porras y Méndez González), Vol. 1, 2004, págs. 1111-1132.

Estruch Esctruch, J.: *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Rodríguez Morata, F. A.: «El contrato de obra: en particular, el contrato de construcción de edificios», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. González Porras, J. M y F. P. Méndez González), Vol. 2, 2004, Murcia, Universidad de Murcia, págs. 4331-4360.

Tema 23
La sociedad civil

1. CONCEPTO Y CARACTERES

1.1. Concepto

Según el art. 1.665 del CC: «La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». El art. 116 Ccom. presenta una redacción prácticamente coincidente al referirse al «contrato de compañía».

Para la doctrina la sociedad presenta los siguientes rasgos: *a*) se trata de un contrato, *b*) supone la puesta en común de dinero, bienes o industria *c*), los socios pretenden la obtención de una ganancia común y dividirla. Estas características son las que diferencian a la sociedad, del género común de la asociación al que pertenece. Además, el contrato de sociedad es de carácter consensual, tal como se deduce de la fórmula utilizada en el art. 1.165 CC «se obligan a poner en común», de modo que la sociedad nace, se perfecciona aunque no se produzca la aportación (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La jurisprudencia ha ido perfilando los elementos que integran el contrato de sociedad.

Así la STS 14 julio 2006 (RJA 4716) establece que son:

> 1º) el consentimiento, como declaraciones concordes de los sujetos sobre la constitución del ente social, en el que está inmersa la llamada *affectio societatis* que no es otra cosa que la voluntad de crear la sociedad, es decir, el consentimiento contractual (artículo 1.261, 1º); 2º) el objeto, actividad de colaboración de los contratantes-socios, con interés y patrimonio común, que implica la existencia de un fondo común y de un lucro común partible (art. 1.666); 3º) la forma que, habiendo libertad de forma (art. 1.667), debe constar cualquiera que haya sido. Cuya sociedad, ente creado por el contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que no se trate de sociedad irregular (art. 1.669) caso de la que no trasciende a terceros.

En parecidos términos para la STS 7 marzo 2007 (RJA 1530) los elementos caracterizadores del contrato de sociedad son: el objetivo de la aportación económica y el subjetivo de la *affectio societatis*.

La finalidad de obtener una ganancia es la nota diferencial entre el contrato de sociedad y otros contratos o actos jurídicos que dan lugar a situaciones de *comunidad de bienes* (arts. 392 CC y ss.). En esta, los partícipes no tienen intención de obtener ganancias (por ejemplo, dos amigos compran conjuntamente un solar para construir sus casas en ella); por el contrario, en el contrato de sociedad se busca obtener un beneficio económico o lucro para repartirse entre los socios (ej. dos amigos compran un solar para construir pisos y venderlos) (Bercovitz y Valladares, 2004).

Hay que distinguir entre el *contrato de sociedad y la sociedad como organización.* Por el contrato de sociedad las partes se obligan a poner en común un patrimonio; es por tanto que genera, entre otras, una obligación de «dar». Pero, al mismo tiempo, el contrato crea además una entidad: la sociedad que, salvo que sea irregular, goza de personalidad jurídica, distinta de la de sus miembros (Bercovitz y Valladares, 2004).

1.2. Clases

a) Civiles o mercantiles

Las sociedades pueden ser civiles o mercantiles. Teóricamente son mercantiles las sociedades que pretenden obtener un beneficio partible mediante la realización de «actos de comercio»; y son civiles las que pretenden obtener un beneficio partible por medios distintos de la realización de

actos de comercio. Así se deduce de lo establecido en el art. 1.670 CC: «Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código». El legislador parte del presupuesto de que el objeto de la sociedad civil es una actividad de índole no mercantil. El carácter civil del objeto es una característica del tipo de la sociedad civil (Paz-Ares, 1991).

La sociedad será civil, aunque se constituya de acuerdo con alguno de los tipos regulados en el Código de Comercio, si no realiza actos de comercio; rigiéndose entonces por dicho Código, en lo que no se oponga a las del Código Civil (art. 1.670 CC). En principio, las únicas «sociedades civiles en forma mercantil» que se pueden constituir son la sociedad colectiva y la comanditaria simple (el resto de sociedades siempre tendrán carácter mercantil con independencia de su objeto social).

Son civiles la sociedades constituidas «para ejercer la actividad de clínica dental» (STS 9 febrero 2007 [RJA 941]); para la «explotación ganadera de granja» (STS 14 septiembre 2006 [RJA 6368]), «sociedad de tres médicos para el ejercicio de su profesión en centro de reconocimiento de conductores y cazadores sobre local arrendado» (STS 4 julio 2006 (RJA 3988); para «explotación de un café-bar» (STS 3 Abril 1995 (RJA 2929).

Son mercantiles, con independencia de su objeto y actividad, las sociedades anónimas, las de responsabilidad limitada, las de garantía recíproca, las comanditarias por acciones y las agrupaciones de económico. También son mercantiles las sociedades colectivas y las comanditarias simples siempre que su objeto sea mercantil (De Pablo Contreras, 2000). Los actos de comercio aparecen definidos en artículo 2 del Código de Comercio que dice que «serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga».

Las sociedades civiles tienen un campo de actuación muy restringido, puesto que serán siempre mercantiles las que se dediquen a la industria o al comercio. Serán civiles las sociedades cuyo objeto social sea agrario, artesanal y de ejercicio de profesiones liberales, salvo que sus integrantes decidan adoptar una forma mercantil (De Pablo Contreras, 2000).

b) Sociedad civil universal o particular

El art. 1.671 CC divide las sociedades en universales y particulares. Según el art. 1.672: «la sociedad universal puede ser de todos los bienes presentes, o de todas las ganancias».

La sociedad universal de todos los bienes presentes hace de propiedad común estos y todas las ganancias que con ellos se obtengan, pero no los bines personalísimos o intransmisibles ni los adquiridos a título gratuito (arts. 1.673 y 1.674 CC). La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad, pero no los bienes que posea cada socio al celebrar al contrato, en los cuales corresponde a la sociedad su mero uso o goce (De Pablo Contreras, 2000).

La sociedad particular, según el art. 1.678, es la que «tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte».

c) Sociedades con o sin personalidad jurídica

El contrato de sociedad no solamente produce obligaciones para los socios, sino que, además, crea una entidad nueva con personalidad jurídica propia: la sociedad, que, a partir de ese momento, es la que se relaciona con los terceros por medio de sus órganos de representación (Bercovitz y Valladares, 2004).

El art. 1.669 CC establece que: «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

De este precepto se extraen dos consecuencias:

a) La sociedad civil, siempre que no mantenga en secreto sus pactos sociales, tendrá personalidad jurídica aun cuando sus pactos no se inscriban en ningún registro (De Pablo Contreras, 2000).

b) Las sociedades en las que los actos de los socios se mantienen secretos (sociedades irregulares) se regularán por las disposiciones de la comunidad de bienes. En este caso, los socios no podrán oponer a los terceros la existencia de la sociedad; pero sí podrán hacerlo los socios entre sí, y los terceros frente a los socios. En el ámbito mercantil una sociedad es irregular cuando le falta algún requisito para su constitución como el otorgamiento de escritura pública y/o la inscripción en el Registro Mercantil.

No hay que confundir la personalidad jurídica de la sociedad con la responsabilidad de los socios por deudas de la misma. En las *sociedades de tipo capitalista* (sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima) los socios solo arriesgan su aportación, y no responden personalmente de las deudas sociales. En las *sociedades de tipo personalista* (sociedad civil, sociedad comanditaria, sociedad colectiva) los socios responden con su propio patrimonio de las deudas de la sociedad. Por tanto, que la sociedad tenga personalidad jurídica propia no impide que los socios respondan personalmente de las deudas sociales (Bercovitz y Vallares).

2. CONSTITUCIÓN

2.1. Requisitos de forma

En el contrato de sociedad rige el principio de libertad de forma; si bien los artículos 1.667 y 1.668 del CC exigen *escritura pública* e *inventario* cuando se aporten bienes inmuebles, bajo pena de nulidad en caso de contrario. La jurisprudencia entiende que el contrato de sociedad es válido cualquiera que sea la forma en que se otorgue; si bien la sociedad no goza de personalidad jurídica hasta tanto se otorgue la escritura pública. Por tanto, las partes podrán compelerse en cualquier momento a su otorgamiento; pero en tanto no exista escritura pública, la sociedad será irregular (Bercovitz y Valladares, 2004).

2.2. Obligaciones de los contratantes

La principal obligación de los socios consiste en aportar lo prometido. Según el art. 1.665 los socios se obligan a poner en común «dinero, bienes o industria». La aportación puede ser solo de industria, es decir el trabajo personal del socio.

La STS 14 julio 2006 (RJA 4716) estima que: «pueden darse aportaciones de numerario o bienes o de trabajo y que pueden darse sociedades cuya explotación la lleva a cabo uno de los socios».

El socio que incumpla el contrato responderá del incumplimiento conforme a las reglas generales, si bien el Código establece alguna regla específica; como en el caso del artículo 1.682 que impone al socio que no hubiere aportado el dinero prometido la obligación de pagar intereses desde el día en que debió aportarlo, sin perjuicio de la indemnización de daños a los demás socios (Bercovitz y Valladares, 2004).

2.3. Responsabilidad de la sociedad y de los socios por las deudas sociales

De las deudas de la sociedad, si esta tiene personalidad jurídica, responde, en primer lugar, el patrimonio de esta y, subsidiariamente, el de los socios en proporción a sus cuotas (art. 1.698 a contrario). Sobre los bienes sociales gozan de preferencia los acreedores de la sociedad; los acreedores de cada socio solo pueden pedir el embargo y remate de la parte de este en el fondo social (art. 1.699).

Según el artículo 1.698 los socios no responden solidariamente de las deudas sociales.

2.4. Participación de los socios en las pérdidas y ganancias de la sociedad

Las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado (art. 1.689 cc); pero sin nada se dice en el contrato la parte de cada socio en las pérdidas y en las ganancias será proporcional a su aportación.

En el contrato de sociedad tiene cabida la autonomía de la voluntad respecto a al reparto de ganancias y pérdidas pero con los siguientes límites (art. 1.689 *in fine*):

1º No puede excluirse a un socio de toda participación en las ganancias o en las pérdidas; solo el socio industrial puede ser excluido de participar en las pérdidas. Es socio industrial quien aporta su trabajo, pero no bienes, a la sociedad.
2º No puede encomendarse la determinación de la participación a uno de los socios.

3. ADMINISTRACIÓN

El artículo 1.695-1º cc establece que, a falta de pacto, «todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal». Lo mismo sucederá cuando varios socios han sido nombrados administradores, sin determinarse sus funciones o sin mencionar que habrán de obrar conjuntamente (art. 1.693).

Significa esto que cada uno de los socios puede oponerse, por ejemplo, a que otro realice una compra. Pero, para ello, deberá comunicar al socio y al vendedor su oposición antes de que la compraventa se perfeccione, en cuyo caso, aunque posteriormente la acuerden, no obligará a la sociedad. En cambio, si la oposición es posterior a la compra, la sociedad quedará obligada.

Cuando los socios administradores se nombran conjuntamente es necesario el concurso de todos para la validez de los actos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad, en cuyo caso valdrá lo hecho por uno solo de ellos (art. 1.694).

El socio nombrado administrador en el contrato social puede administrar solo, incluso con la oposición de sus compañeros, a menos que obre de mala fe. Su poder es irrevocable sin causa legítima. En cambio, el poder del administrador nombrado fuera del contrato social es revocable en cualquier tiempo art. 1.692.

4. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN

4.1. Extinción de la sociedad

Además de las causas generales de extinción de todo contrato, el Código enumera otra serie de causas específicas de extinción de la sociedad en el art. 1.700 CC, precepto que tiene un carácter meramente enunciativo. La sociedad puede extinguirse por las siguientes causas:

1º La expiración del término o plazo por el que fue constituida, a menos que se prorrogue (art. 1.702).

2º Por pérdida de la cosa.

3º Por terminación del negocio que le sirve de objeto. Ej. Si se constituyó una sociedad para construir y vender una urbanización, una vez vendida totalmente esta, la sociedad se extinguirá.

4º Por la muerte de cualquiera de los socios, salvo que se haya pactado que la sociedad continuará entre los sobrevivientes, o entre estos y el heredero (art. 1.704). No operará esta causa para las sociedades civiles con forma mercantil si el Código de Comercio no la contempla.

5º Por insolvencia de cualquiera de los socios, o embargo por los acreedores del socio de su parte en la sociedad. En este caso, tampoco operará esta causa para las sociedades civiles con forma mercantil si el Código de Comercio no la contempla.

6º Por voluntad de uno de los socios, en los supuestos permitidos por la ley.

El artículo 1.707 permite, en las sociedades constituidas por tiempo determinado, la disolución por voluntad de uno de los socios cuando exista un justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante. Si no se ha señalado término de duración, o este no resulta de la naturaleza del negocio, la extinción solo requiere que la decisión del socio se tome de buena fe y en tiempo oportuno (art. 1.705).

7º La imposibilidad de que el socio realice la aportación prometida de cosa específica (art. 1.701 CC).

8º El muto disenso.

En este sentido la STS 14 septiembre 2006 [RJA 6368]) estima que: «la enumeración de causas de disolución que contiene el artículo 1.700 del Código Civil no es cerrada, sino que debe ser integrada con otras de indudable efecto disolutorio por su aptitud para abrir la fase de liquidación, como es, dada la naturaleza contractual de la sociedad, el mutuo disenso o acuerdo de quienes celebraron el contrato de extinguir la relación jurídica nacida de él».

4.2. Liquidación de la sociedad

Una vez practicada la extinción de la sociedad procede su liquidación, este es un proceso encaminado a liquidar las relaciones jurídicas pendientes (pagar deudas, cobrar créditos, etc.) para hallar el haber líquido social (valor del negocio o fondo de comercio) y repartirlo entre los socios. Únicamente cuando el proceso liquidatorio tiene fin, se puede considerar extinguida la sociedad (Bercovitz y Valladares, 2004).

El artículo 1.708 cc para la partición del activo (o pasivo social) se remite a las reglas de la partición de herencia. Pero, al socio industrial no se le puede adjudicar parte de los bienes aportados –salvo pacto en contrario– puesto que ninguno aportó, sino solo su parte en los beneficios, en el caso de haberlos.

Tema 24
El depósito

1. EL CONTRATO DE DEPÓSITO

1.1. Concepto

El art. 1.758 del CC establece que: «Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla». El Código rechaza, en principio, el depósito de cosa propia (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El depósito se describe por el CC como una situación eminentemente posesoria, caracterizada porque un sujeto, llamado depositario, posee para guardar y devolver a otro, el depositante, una cosa. Un rasgo fundamental en todas las situaciones de depósito es el deber de guarda y custodia en sentido amplio (Capilla Roncero, 1994).

1.2. Caracteres

El depósito es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa mueble. Una vez entregada la casa el depositario está obligado a guardarla y a restituirla al depositante cuando este se la reclame (art. 1.758). Solo es posible el depósito de cosas muebles (art. 1.761). El depósito es un contrato gratuito, pero las partes pueden pactar una retribución (art. 1.760). El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos realizados para la conservación de la cosa, y a indemnizarle los perjuicios que se hayan derivado (art. 1.779). El depositario no puede usar la cosa, pero puede retenerla hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito (art. 1.780) (Bercovitz y Valladares, 2004). En el supuesto de que el depositante hubiera autorizado expresamente al depositario utilizar la cosa depositada, el depósito se convierte en un contrato de comodato (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El TS ha establecido que «la esencia del depósito es la guarda y custodia de la cosa, así como su restitución» (STS 23 noviembre 2004 [7384]). El contrato de depósito según «no tiene otra finalidad sino la guarda y custodia de bienes». La STS de 10 junio 1987 reconoce esta sentencia que al margen del depósito regulado en el CC existen tipos contractuales que también llevan aparejada la obligación de guarda junto con otras prestaciones. Así sucede con el contrato de transporte, comisión, el contrato de aparcamiento de vehículos, etc.

2. CLASES DE DEPÓSITO

El depósito puede ser judicial y extrajudicial (art. 1.759). El extrajudicial, a su vez, puede ser voluntario o necesario. Es *voluntario* cuando la entrega se hace por la voluntad del depositante (art. 1.763). El depósito es *necesario* cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal o con ocasión de alguna calamidad como un incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes (arts. 1.781 a 1.784 CC).

El depósito judicial, al que el Código llama secuestro, tiene lugar cuando se decrete el embargo o aseguramiento de bienes litigiosos (Díez-Picazo y Gullón, 2001). El depósito también es una medida cautelar dictada por el juez al amparo del art. 727 de la LEC. El artículo 727 siguiente, regula las medidas cautelares específicas y norma que conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: «3ª El almacén de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado».

El depósito puede ser civil o mercantil, este se regula en los artículos 303 a 310 del Ccom.

3. EL DEPÓSITO VOLUNTARIO

3.1. Concepto y caracteres

Esta clase de depósito tiene lugar Código por voluntad del depositante se entrega una cosa mueble al depositario para que la guarde hasta que le sea reclamada. Ej. Se depositan la cochera de un conocido los muebles de una casa mientras se hacen reformas en la misma.

El depósito voluntario es un contrato gratuito –salvo pacto en contrario- (art. 1.760), cuya finalidad es la de guarda y custodia de los bienes (art. 1.766) y requiere para su perfección la entrega de una cosa mueble al depositario por voluntad del depositante (Pérez Álvarez, 2000).

3.2. Obligaciones del depositario

El cc establece la obligación del depositario de guardar y restituir la cosa (art. 1.776) y la prohibición de servirse de la misma (Pérez Álvarez, 2000).

a) Obligación de guarda. La obligación de guarda a su vez comprende: la custodia, lo que supone el mantenimiento de la cosa en lugar seguro para impedir su pérdida o sustracción y la conservación o mantenimiento de la cosa en el estado en que se recibió. El depositante habrá de custodiar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia y no responderá en caso fortuito o fuerza mayor.

La sts 23 noviembre 2004 (rja 7383) establece la responsabilidad contractual del depositario por el incendio de su almacén al entender que: «la esencia del depósito es la guarda y custodia de la cosa, así como su restitución [...] siendo el depositario el único responsable del depósito respecto al depositante [...]. Acreditado que el incendio se produjo en la nave en la que desarrollaba su actividad empresarial la recurrente, y por consiguiente sometida a su control y vigilancia, a ella le correspondía probar una incidencia extraña (sentencia 2 junio 2004 [rja 4735], y las que cita) que excluyera la presunción de que el evento fue debido a culpa suya».

b) Obligación de restitución. Incumbe al depositario la obligación de restituir la cosa depositada (arts. 1.758 y 1.766 cc). Al mismo tiempo al depositante le asiste la facultad de reclamar a su arbitrio la cosa dejada en depósito.

c) Prohibición de servirse de la cosa depositada. El art. 1.767 cc establece que: «El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante. En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios». No obstante, el art. 1.768 señala que en ese supuesto el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato.

3.3. Obligaciones del depositante

El depositario está obligado a reembolsar al depositante el importe de los gastos que le hubiera originado la conservación de la cosa depositada (art. 1.779), y en su caso, pagarle también la retribución pactada (art. 1.760 cc). El cc establece en el artículo 1.780 la posibilidad de que el depositario retenga en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.

4. EL DEPÓSITO IRREGULAR

El art. 1.761 dice que pueden ser objeto de depósito extrajudicial las cosas muebles, sin más especificaciones sobre sus características. Cuando el depósito es de cosas fungibles como el dinero, se considera que existe un «depósito irregular», puesto que el depositante pierde la propiedad por confundirse aquel en el patrimonio del depositario. La jurisprudencia establece en estos casos que el depositario pierde la propiedad del dinero, siendo sustituida por un crédito contra el depositante (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

Así, la sts 3 abril 2006 (rja 1911), al referirse a un depósito de dinero en una entidad bancaria dice que:

> existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero, o cosa fungible depositada, al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada, siendo, también, mayoritaria la opinión de los que entienden que tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente, los elementos típicos del depósito –restitución de la cosa cuando le sea pedida artículo 1.766 del Código Civil– y se acentúan los del préstamo –recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto.

5. EL DEPÓSITO NECESARIO

Además del depósito pactado voluntariamente, regula el Código el llamado «depósito necesario», que recibe esta denominación por no ser espontáneo por parte del depositante (Capilla Roncero, 1994). El depósito necesario tiene lugar en los siguientes supuestos:

a) Cuando se realiza en cumplimiento de una disposición legal (art. 1.781.1 cc), en cuyo caso se regirá por la ley que lo establezca y supletoriamente, por las normas del depósito voluntario.

b) Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad -depósito miserable-, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes, rigiéndose en ese caso por las normas del depósito voluntario (art. 1.781-2º) (Bercovitz y Valladares, 2004). Se trata de situaciones de peligro que determinan la necesidad de confiar en una persona la guarda de las cosas objeto del depósito con el fin de evitar su pérdida (Pérez Álvarez, 2000).

c) Califica también el Código de «necesario» el depósito de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responderán de estos efectos siempre que el viajero les haya comunicado su introducción, y observen las prevenciones que se les hubieran hecho sobre su cuidado y vigilancia (art. 1.783). De esta responsabilidad solo estarán exentos en caso de robo a mano armada, o de otro suceso de fuerza mayor (art. 1.784).

6. EL SECUESTRO

Según el art. 1.785 «el depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o aseguramiento de bienes litigiosos». En este caso a diferencia del voluntario, puede recaer tanto sobre bienes muebles como inmuebles (art. 1.786).

En el supuesto de bienes inmuebles el embargo no implica su depósito, puesto que mediante la pertinente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, se colocan estos bienes en un estado, en los que cualquier disposición sobre ellos no puede perjudicar al acreedor embargante, puesto que quien adquiera el bien adquirirá a su vez la carga que aparece inscrita en el Registro (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La LEC regula el secuestro en los arts. 626 a 628. La Lecrim también lo regula en los arts. 597 y siguientes.

En el supuesto de hecho que da lugar a la STS 10 marzo 2003 (RJA 3091) se decretó el bloqueo de todas las cuentas bancarias de una empresa como consecuencia de un proceso penal. Lo supuso la conversión de la entidad de crédito en depositaria común con prohibición de disponer, lo que impidió al Banco el cumplimiento de las operaciones ordenadas por el titular de la cuenta ya bloqueada. El cliente inicia un proceso civil contra el banco solicitando una indemnización por daños y perjuicios. El TS da la razón al banco alegando que: «la doctrina específica de esta Sala sobre el depósito judicial o secuestro, en que el depositante pasa a ser en realidad el propio órgano judicial que lo acuerda en cuanto sin su permiso expreso no puede el depositario servirse de la cosa depositada (SSTS 1 febrero 1962 [RJA 843] y 27 noviembre 1998 [RJA 9697])».

7. EL CONTRATO DE APARCAMIENTO DE VEHÍCULOS

La Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos viene a cubrir el vacío legal existente en la materia, de ahí que esta normativa regula el contrato que se genera cada vez que un usuario estaciona su vehículo en un aparcamiento y ante la masificación de este fenómeno. La nueva norma establece el ámbito de aplicación y se delimitan las responsabilidades y derechos tanto del usuario como del titular del aparcamiento.

La jurisprudencia anterior a la ley se había ocupado de este contrato atípico. Así la STS 22 octubre 1996 (RJA 7238) estableció la responsabilidad de la concesionaria de un aparcamiento en base a los siguientes argumentos:

> en el «contrato de aparcamiento», en el que el local se encuentra acotado y al que no se puede entrar libremente con el vehículo, con casetas o controles de acceso, en los que se expende, manual o mecánicamente, un tique o boleto que principalmente marca la hora y el día de entrada del vehículo conducido por el usuario que debe estacionarlo en cualquiera de las plazas disponibles. Y añade la referida sentencia que ningún razón fundada en derecho apoya que las empresas propietarias o concesionarias de estos servicios de aparcamiento tengan que ser dispensadas del deber de guarda y custodia, en contraposición a los garajes, por considerarse al contrato de aparcamiento como un contrato de naturaleza atípica y mixta por contener en su configuración elementos del contrato de arrendamiento y del contrato de depósito, en el que la seguridad, por lo tanto aparece como elemento unido al contrato de aparcamiento, y con ello la necesidad del deber de vigilancia, según exigen la buena fe y los usos conforme al artículo 1258 del CC.

7.1. Ámbito de aplicación

La Ley 40/2002[1] establece el régimen jurídico aplicable (art. 1.1) a:

> los aparcamientos en los que una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo real de estacionamiento.

1. Algunos de sus preceptos han sido modificados por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

A los efectos de esta Ley, se consideran como modalidades de la prestación de este servicio:

a) Estacionamiento con reserva de plaza en el que el titular del aparcamiento se obliga a mantener durante todo el periodo de tiempo pactado una plaza de aparcamiento a disposición plena del usuario.
b) Estacionamiento rotatorio, en el que el titular del aparcamiento se obliga a facilitar una plaza de aparcamiento por un periodo de tiempo variable, no prefijado.
En esta modalidad de estacionamiento rotatorio el precio se pactará por minuto de estacionamiento, sin posibilidad de redondeos a unidades de tiempo no efectivamente consumidas o utilizadas.

Quedan excluidos expresamente de la Ley (art. 2º):

a) Los estacionamientos en las denominadas zonas de estacionamiento regulado o en la vía pública, tanto si exigen el pago de tasas como si estas no se devengaren.
b) Los estacionamientos no retribuidos directa o indirectamente.
c) Cualesquiera otros que no reúnan los requisitos señalados en el artículo 1.

Lo que supone que también quedan excluidos de su ámbito de aplicación los estacionamientos gratuitos, los que dependen de otras instalaciones (aparcamientos de hipermercados, centros comerciales o de ocio, aeropuertos, restaurantes y similares) y las zonas de estacionamiento regulado en la vía pública (zonas ORA).

La Ley de Contrato de Aparcamiento delimita de manera clara los derechos y obligaciones tanto del usuario como del titular del aparcamiento o garaje.

7.2 Obligaciones del titular del aparcamiento

Las obligaciones del titular del aparcamiento aparecen recogidas en el art. 3 de la ley:

a) Facilitar al usuario al que se permita el acceso un espacio para el aparcamiento del vehículo.
b) Entregar al usuario en formato papel o en cualquier otro soporte duradero que permita su conservación, incluidos los soportes que permitan el acceso a registros telemáticos o electrónicos, un justificante o resguardo del aparcamiento. En el justificante se hará constar, en todo caso, la identificación del vehículo y si el usuario hace entrega al responsable del aparcamiento de las llaves del vehículo. De esta obligación de identificación estarán exentos los aparcamientos de uso exclusivo para clientes de establecimientos comerciales con sistemas de control de acceso y cuyo horario coincida con el del establecimiento. El vehículo se identificará mediante su matrícula o cualquier marcador que permita tal identificación en el justificante o resguardo del aparcamiento entregado al usuario.
En el estacionamiento rotatorio se hará constar en el justificante, además, el día, hora y minuto de entrada.
c) Restituir al portador del justificante, en el estado en el que le fue entregado, el vehículo y los componentes y accesorios que se hallen incorporados funcionalmente -de manera fija e inseparable- a aquel y sean habituales y ordinarios, por su naturaleza o valor, en el tipo de vehículo de que se trate.
En todo caso, los accesorios no fijos y extraíbles, como radiocasettes y teléfonos móviles, deberán ser retirados por los usuarios, no alcanzando, en su defecto, al titular del aparcamiento la responsabilidad sobre restitución.
d) Indicar de manera fácilmente perceptible los precios, horarios y las normas de uso y funcionamiento del aparcamiento, que podrá establecer libremente.
e) Disponer de formularios de reclamaciones.

Los aparcamientos que cuenten con un servicio especial voluntario de custodia se responsabilizarán de la restitución de los accesorios no fijos o extraíbles y el depósito de efectos, cuando hayan sido declarados por el usuario a la entrada del aparcamiento, siempre que el usuario haya observado las prevenciones y medidas de seguridad que se le indiquen. Ahora bien, en estos casos se pueden establecer precios y tarifas distintos.

La SAP Barcelona (S. 13) 28 septiembre 2006 (Jurisprudencia Aranzadi, 2007, 134.560) desestima una demanda en la que se reclaman los daños por la sustracción de un electrocardiógrafo ECG portátil del interior de un vehículo , aparcado en un parking, mediante la fractura del cristal de la puerta. El tribunal entiende que no quedó demostrado que la concesionaria hubiera aceptado la custodia del electrocardiógrafo en los términos del art. 3.2 de la Ley 40/2002.

7.3 Obligaciones del usuario

El art. 4 de la ley establece cuales son las obligaciones de los usuarios:

a) Abonar el precio fijado para el aparcamiento en las condiciones acordadas.
b) Exhibir el justificante o resguardo del aparcamiento o acreditar en caso de extravío su derecho sobre el vehículo para proceder a retirarlo.
c) Declarar, en los casos previstos en el apartado 2 del artículo 3, los accesorios especiales y enseres introducidos en el vehículo, estacionar y depositarlos, en su caso, en los lugares y con las medidas indicadas al efecto, y observar las demás prevenciones establecidas para estos casos por el titular del aparcamiento.
d) Seguir las normas e instrucciones del responsable del aparcamiento respecto al uso y seguridad del mismo, sus empleados y usuarios

7.4. Responsabilidades

1. El titular del aparcamiento responderá, tanto frente al usuario como frente al propietario del vehículo, por los daños y perjuicios que respectivamente les ocasione el incumplimiento, total o parcial, de las obligaciones previstas en la Ley.
   Correlativamente, el usuario será responsable frente al empresario y los demás usuarios, de los daños y perjuicios que les cause por incumplimiento de sus deberes o impericia en la conducción del vehículo dentro del recinto.
2. El propietario del vehículo que no fuere su usuario responderá solidariamente de los daños y perjuicios causados por aquel, salvo cuando el aparcamiento se hubiere hecho con la entrega de las llaves del vehículo al responsable del aparcamiento.
3. El titular del aparcamiento tendrá, frente a cualesquiera personas, derecho de retención sobre el vehículo en garantía del pago del precio del aparcamiento.
4. En relación con la reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios contra el titular del aparcamiento, el usuario puede solicitar la mediación y el arbitraje de las Juntas Arbitrales de Consumo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Tema 25
La fianza

1. CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES

1.1. Concepto

La fórmula legal de la fianza la proporciona el art. 1.822 CC al establecer que: «Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este». La doctrina define la fianza como una «obligación accesoria que, en garantía de la deuda ajena, asume el fiador y debe cumplir subsidiariamente en defecto de cumplimiento de la obligación fiada» (Guilarte Zapatero, 1997). Interesa destacar que el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena (Montés Penadés). La *fianza* es el prototipo de las *garantías* personales puesto que otorga al acreedor garantizado una posición reforzada de su interés, en caso de que no le pague su deudor puede proceder contra el fiador (Díez-Picazo y Gullón, 2001). La función de garantizar el cumplimiento de una obligación ajena tiene lugar mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio con un contenido propio y una causa específica de garantía, de ahí que el fiador sea un verdadero obligado y no un mero responsable por deuda ajena (Guilarte Zapatero, 1997).

El CC regula la fianza en el Libro IV, Título XIV «De la fianza», artículos 1.822 a 1.856.

1.2. Caracteres

La finalidad de garantía y la creación de un nuevo vínculo obligatorio, propio del fiador y distinto del garantizado, son las que proporcionan las dos características propias de esta institución: la accesoriedad y la subsidiariedad (Guilarte Zapatero, 1997).

La accesoriedad, característica común a todas las instituciones de garantía, supone la existencia de una obligación principal que es asegurada con la fianza. La subsidiariedad comporta que el fiador solo tenga que cumplir con su obligación en defecto de cumplimiento del deudor principal. El garante paga en lugar del obligado principal. Una consecuencia de la accesoriedad es el denominado *beneficio de excusión o de orden* del art. 1.830 CC («el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor»), en virtud del cual el acreedor no puede dirigirse contra el fiador mientras existan bienes suficientes en poder del deudor que puedan responder de su incumplimiento (Guilarte Zapatero, 1997).

Lo que supone que el acreedor no puede exigir al fiador los 50.000 € que se había obligado a pagar el deudor en tanto este tenga bienes suficientes sobre los que pueda recaer la ejecución forzosa de la deuda.

Los caracteres del contrato de fianza no se agotan con la accesoriedad y la subsidiariedad. El contrato de fianza tiene carácter trilateral puesto que la obligación de garantía que surge proyecta sus efectos sobre tres sujetos: el acreedor, el deudor y el fiador. Tiene carácter consensual puesto que se perfecciona con la concurrencia de consentimientos y no está sujeta a requisito de forma. La fianza no se presume sino que ha de ser expresa (art. 1.827 CC) (Guilarte Zapatero, 1997).

La fianza permite garantizar cualquier tipo de obligaciones (de hacer y no hacer), pero viene siendo utilizada principalmente en obligaciones dinerarias, por lo general devolución de cantidades recibidas en concepto de préstamo (Pérez Álvarez, 2000). El art. 1.825 permite la fianza en garantía de deudas futuras.

1.3. Clases de fianza

1.3.1. Fianza simple y solidaria

El art. 1.822 CC («Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este. Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo 3, título 1 de este libro») contempla dos clases de fianza: la fianza simple y la solidaria.

La fianza simple constituye la regla general a la que el Código Civil destina las normas que regulan esta institución arts. 1.822 y siguientes, y a la que se aplican los caracteres del accesoriedad y subsidiariedad (GUILARTE ZAPATERO, 1997). La fianza solidaria supone una excepción al principio de excusión tal como se recoge en el art. 1.831 CC: «La excusión no tiene lugar: 2. Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor [...]».

Respecto a la fianza solidaria el TS ha establecido que: «la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor, habida cuenta que la solidaridad pactada viene a eliminar el carácter de accesoriedad de la fianza normal (STS 3 de febrero de 1990 (RJA 665) y el artículo 1.144 faculta al acreedor para dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, en cuanto la fianza solidaria, en las relaciones entre acreedor licitador, pierde sus peculiares características, situándose en el campo de las obligaciones solidarias entre codeudores (STS 11 de junio de 1987 (RJA 4277).

1.3.2. Convencional, legal y judicial

El art. 1.823 CC establece una segunda clasificación de la institución atendiendo a su origen: «La fianza puede ser convencional, legal o judicial...». La redacción de este precepto es un tanto confusa, puesto que hace pensar en que la ley pudiera crear directamente algún tipo de fianza. El artículo se refiere en que en algunos casos la ley o la autoridad judicial pueden imponer un deber de afianzar (PÉREZ ÁLVAREZ, 2000). En los arts. 1.854 a 1.856 CC se establecen las reglas para estas clases de fianza.

1.3.3. Gratuita u onerosa

Atendiendo a sus condiciones o causa el art. 1.823 CC establece que «La fianza puede ser [...] gratuita o a título oneroso». Que el contrato de fianza pueda ser oneroso o gratuito supone que el fiador puede obligarse, o no, a cumplir una obligación en favor del fiado a cambio de una contraprestación económica (arts. 1.822 y 1.823 CC) (BERCOVITZ y VALLADARES, 2004).

1.3.4. Civil o mercantil

El Código de Comercio regula la fianza mercantil con gran parquedad en arts. 439 a 442. Así el art. 439 Ccom establece que la fianza tiene carácter mercantil cuando está destinada a «asegurar un contrato mercantil, aun cuando el fiador no fuera comerciante». El art. 440 Ccom exige la forma escrita para la fianza mercantil; el art. 441 establece su carácter gratuito, salvo pacto en contrario, finalmente en el art. 442 Ccom se dice que en el caso de los contratos indefinidos si la fianza tiene carácter retribuido al fiador esta tendrá duración indefinida salvo pacto en contrario.

La STS 7 marzo 1992 (RJA 2007) nos dice que «en los supuestos de fianzas de naturaleza mercantil, constituidas por una entidad crediticia dentro de las actividades propias de su tráfico, ello mismo determina su carácter solidario según la práctica mercantil y la Jurisprudencia (con cita de otras sentencias de la misma Sala), añadiendo que constituye consecuencia de lo anterior que «el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y división de que goza el fiador civil».

Lo anterior condiciona el carácter civil de la fianza, de modo que tendrá este carácter cuando no esté dirigida a asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil (art. 439 Ccom) (Bercovitz y Valladares, 2004). El régimen que el CC establece para la fianza tiene carácter común y también se aplica, con matizaciones, para la fianza mercantil, a la fianza de la letra de cambio en documento separado e incluso en algunos aspectos para el aval (Guilarte Zapatero, 1997).

1.3.5. La cofianza

Existe cofianza, cuando son varios los fiadores que garantizan la totalidad de una deuda, en ese sentido establece el artículo 1.837 que la obligación de responder se divide entre todos, de forma que el acreedor solo puede reclamar a cada fiador la parte que le corresponda (Bercovitz y Valladares, 2004). No obstante, las partes pueden haber pactado expresamente que la fianza tenga carácter solidario. Ej. Generalmente en los contratos de préstamo se utiliza la fianza solidaria.

Pero, si uno de ellos pagó la deuda entera, podrá reclamar a los demás su parte proporcional solo en el caso de que realizara el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor en estado de concurso o quiebra. En estos dos casos, si uno de los fiadores es insolvente, habrán de pagar proporcionalmente los demás al acreedor su parte (art. 1.844).

La STS 5 febrero 2007 (RJA 964) en un supuesto de cofianza solidaria entiende que:

> el fiador que paga está legitimado para reclamar la parte que corresponde a los restantes cofiadores en virtud de la solidaridad, de acuerdo con las disposiciones generales (ss. 2 diciembre 1988 [RJA 9287], 29 septiembre 1997 y 11 junio 2004 [RJA 3829]), sin necesidad de demandar previamente al deudor principal (SST 7 julio 1988 [RJA 5581] y 28 septiembre 1997 [sic]), sin tener en cuenta las limitaciones del artículo 1844.3 (SS de 24 enero 1989 [RJA 119] y 4 mayo 1993 [RJA 3403], entre otras) y siempre que sea beneficioso para los cofiadores. La acción de repetición se ejercita para evitar situaciones de enriquecimiento que se producirían, según afirma la sentencia de 29 septiembre 1997, cuando quien ha pagado en beneficio de todos los obligados, no pudiera resarcirse de la cuantía proporcional correspondiente.

1.3.6. La subfianza

La subfianza supone la existencia de una segunda fianza para garantizar una fianza anterior. También se la denomina fianza doble, de segundo grado o del fiador. Su objeto no es del de garantizar la obligación principal sino la obligación de fianza del primer fiador (Guilarte Zapatero, 1997). El subfiador, por tanto, es un fiador del fiador (Bercovitz y Valladares, 2004). Tanto los cofiadores como los subfiadores gozan del beneficio de excusión, a menos que se trate de cofianza y subfianza solidarias (Bercovitz y Valladares, 2004).

1.3.7. En garantía de letra de cambio

El aval consiste en un negocio jurídico mediante el cual se garantiza el pago de una letra de cambio. El aval aparece contemplado en los arts. 35 a 37 de la Ley 19/1985 Cambiaria y del

Cheque. El aval puede prestarlo un tercero o el firmante de la letra (art. 35), puede hacerse constar en la propia letra o en su suplemento, pero no en documento separado (art. 36) y, finalmente el avalista no podrá oponer las excepciones personales del avalado y el aval será válido aunque la obligación garantizada fuese nula.

En el caso de la fianza de letra de cambio en documento separado, la SAP Zaragoza (S. 5ª), 8 septiembre 2000 establece que: «no se puede hablar de aval cambiarlo, con las características de autonomía y abstracción que lo adornan». Estaremos, pues, ante una fianza, aval o garantía mercantil regulada en los arts. 439 y siguientes del Código de Comercio y, subsidiariamente, en los arts. 1.822 y siguientes del Código Civil.

1.3.8 Aval a primera demanda o primer requerimiento

La STS 27 diciembre 2005 (RJA 6860):

> entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1.255 del CC así S. 14-11-1989 [RJ 1989, 7878]), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando este se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, nota a lo que se alude en la Sentencia de esta Sala 11-7-1983 (RJ 1983, 4209) al incidir «las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional [...] [entre las] [...] nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia [...]

Lo normal es que la fianza se celebre entre el acreedor del deudor y el fiador, por ser las partes acreedora y deudora en la relación accesoria de fianza. Aunque también puede celebrarse entre el deudor y el acreedor y que sea aceptada por el acreedor. Sin embargo, la razón o causa determinante de que alguien se obligue a pagar una deuda ajena está en la relación que media entre el fiador y el deudor principal (mandato, gestión de negocios, acto de liberalidad, este último supuesto sería el caso del padre que se instituya como fiador de su hijo, etc.) (PUIG BRUTAU, 1986).

El contrato de fianza puede celebrarse en cualquier forma, si bien la fianza mercantil exige la forma escrita (art. 440 Ccom).

2. EFECTOS DE LA FIANZA

2.1. Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor

2.1.1. El beneficio de excusión

En la fianza normal el fiador se obliga a pagar si no paga el deudor, de forma que el acreedor ha de exigir el cumplimiento, en primer lugar, al deudor; y solo si este no cumple ni tiene bienes con que responder puede el acreedor dirigirse contra el fiador (BERCOVITZ y VALLADARES, 2004). En ese sentido el art. 1.830 establece que: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor

sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor». No obstante, el Código Civil establece una serie de limitaciones a esta obligación. Así, el fiador no puede obligarse a más de lo que estuviera obligado el deudor (art. 1.826); pero la fianza comprende también los accesorios de la obligación principal (art. 1.827).

En la fianza solidaría, no rige el beneficio de excusión (art. 1.831-2º) puesto que el fiador se obliga a pagar a la vez que el deudor, de forma que el acreedor puede exigir el cumplimiento a cualquiera de ellos. La fianza solidaria se rige por las reglas de las obligaciones solidarias (art. 1.822), pero el deudor debe resarcir al fiador conforme a las reglas de la fianza.

2.2. Efectos de la fianza entre el fiador y el deudor

2.2.1. La acción de cobertura

El artículo 1.843 CC contempla la denominada acción de cobertura que permite al fiador, aun antes de haber pagado, dirigirse contra el deudor para que este le releve de la fianza o le otorgue una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor, en los siguientes casos:

1º Cuando se le demande judicialmente el pago.
2º En caso de insolvencia, concurso o quiebra del deudor.
3º Cuando el deudor se haya obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este haya transcurrido.
4º Cuando la deuda sea ya exigible.
5º Si la deuda no tiene vencimiento fijo, al cabo de diez años, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse en un tiempo inferior.

El fiador puede oponer al acreedor todo tipo de excepciones, salvo las que sean puramente personales del deudor: menor edad o incapacidad de este (art. 1.853).

2.2.2. La acción de regreso

El fiador una vez que ha pagado la deuda dispone de las acciones de regreso (o de reembolso o indemnización) y de la de subrogación, como consecuencia del principio de que la garantía no origine al fiador sino los perjuicios mínimos e inevitables (Guilarte Zapatero, 1997).

El pago realizado por el fiador le convierte en acreedor del deudor principal, lo cual es lógico porque se trata de evitar un enriquecimiento injustificado del deudor. A esta posibilidad se le denomina acción de regreso (Montés Penadés, 1994). Esta acción la contempla el artículo 1.838 CC:

> El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este. La indemnización comprende: 1) La cantidad total de la deuda. 2) Los intereses legales de ella, desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor. 3) Los gastos ocasionados al fiador después poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago. 4) Los daños y perjuicios, cuando procedan.

En el caso de que el fiador paga sin notificárselo al deudor y este, por ignorar el pago, paga también al acreedor, el fiador no podrá exigir nada al deudor; únicamente podrá reclamar al acreedor la devolución de lo pagado (art. 1.842).

2.2.3. La subrogación

El mecanismo para asegurar el resarcimiento del fiador que ha pagado, además de la acción de reembolso, cuenta con la facultad de subrogación automática del fiador en los derechos del acreedor contra el deudor (arts. 1.839 y 1.210.3).

El art. 1.839 CC establece que «El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado».

El art. 1.210-3º CC establece que existe subrogación: «3º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda».

La subrogación que contempla el art. 1.839 es una subespecie de la que contempla el art. 1.210 CC. La expresión «en todos los derechos» supone que al fiador le corresponden idénticos derechos, privilegios y garantías (salvo la de fianza) a los que gozaba la obligación principal, incluso las acciones revocatorias y subrogatoria» (Guilarte Zapatero, 1997).

Lo anterior supone que si un mismo crédito estuviese garantizado por una fianza y una garantía real (prenda o hipoteca). El fiador que ya pagó al banco el importe del préstamo hipotecario en su condición de garante personal, se subrogará en el derecho de hipoteca que también se constituyó a favor del banco acreedor.

La doctrina estima que el fiador no puede ejercitar a la vez la acción de regreso (art. 1.838 CC) y la procedente de la subrogación (art. 1.839), sino que ha de optar entre cualquiera de estas dos posibilidades (Pérez Álvarez, 2000).

Lo anterior supone que, si lo afianzado es una deuda por la reparación de un automóvil (bien mueble) y el fiador la paga, ocupa automáticamente el lugar del acreedor (es decir, del mecánico). Y que, en caso de insolvencia del deudor afianzado, como el titular del taller gozaba de preferencia para cobrar su crédito con el precio obtenido por la venta del coche (privilegio especial mobiliario del art. 1.922-1º CC), el fiador que pagó gozará también de esa preferencia. Pero para ellos tendría que elegir entre ejercitar la acción procedente del crédito en el que se ha subrogado, o la correspondiente a la acción de reembolso. En el ejemplo utilizado es evidente que le beneficia la opción de subrogación por la ventaja que le otorga la condición de crédito privilegiado.

2.2.4. Disposiciones en favor del deudor afianzado

La situación del deudor no puede agravarse como consecuencia del pago del fiador. Por ello, cuando este transige con el acreedor, no puede reclamar al deudor más de lo que realmente pagó (art. 1.839). Además, si pagó antes del vencimiento de la deuda, no puede reclamar el reembolso hasta que llegue el término pactado (art. 1.841). Por último, si pagó sin comunicárselo al deudor, este podrá oponerle todas las excepciones que tenía contra el acreedor (art. 1.840).

La obligación de fianza se extingue por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas que las demás obligaciones (art. 1.847): confusión, condonación, etc. El artículo 1.848 puntualiza que la confusión producida entre el deudor y el fiador no extingue la obligación del subfiador.

También se extingue la fianza cuando el acreedor acepta en pago algo distinto de lo debido (dación en pago), aunque después lo pierda por evicción (art. 1.849). Igualmente, la prórroga concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza (art. 1.851). También quedan libres los fiadores aunque sean solidarios, cuando no pueden subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios de la obligación por culpa del acreedor (art. 1.852).

Un supuesto de aplicación del art. 1.852 CC concurre en los hechos que dieron lugar a la STS 4 mayo 2007 (RJA 4327) son los siguientes: un matrimonio celebró un préstamo hipotecario con un banco, presentando fiador solidario. Este mismo banco, por otras deudas, embarga la vivienda hipotecada y finalmente se la adjudica en propiedad en subasta. Posteriormente, el banco ante el impago del préstamo hipotecario inicia proceso judicial contra el matrimonio y el fiador. En el curso del proceso el fiador consignó en el juzgado la cantidad por la que se había despachado ejecución y se dictó providencia declarando la subrogación del mismo en el crédito hipotecario, que se inscribió en el Registro de la Propiedad el 3 de enero de 1998. En otro proceso, el que da lugar a la casación, el banco solicitó la extinción del derecho de hipoteca por consolidación y en consecuencia la nulidad de la subrogación a favor del fiador. Este formuló demanda reconvencional en base al art. 1.852 para que se declare libre de su obligación derivada de la fianza solidaria y se condene al banco a devolverle la cantidad que pagó. La sentencia de la AP había declarado la extinción de la hipoteca a favor del Banco Banesto, por confluir la condición de propietario y de acreedor hipotecario sobre dicha finca, al mismo tiempo declaró la nulidad de la subrogación en el derecho real de hipoteca que se practicó a favor del avalista y que se devolviese a este último las cantidades que pagó al subrogarse en los derechos del acreedor hipotecario. El TS sin embargo, estimo que: «el hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza. No así si se produce en otra, ya que aquel acreedor Banesto, que era titular de dos derechos de crédito podía, sin menoscabo de tercero, ejecutar uno (embargo) y luego otro, hipotecario pero la hipoteca ya estaba extinguida; el fiador, como deudor solidario, paga y se subroga en el crédito, pero no en aquella hipoteca que ya estaba extinguida por consolidación en un procedimiento anterior y por una relación jurídica distinta».

LECTURAS RECOMENDADAS

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *La fianza: ámbito de responsabilidad,* Granada, Comares, 1988.

ESTRADA ALONSO, E.: «La fianza aseguradora», ADC, Vol. 56, nº 2, 2003, págs. 599-673.

GUILARTE ZAPATERO, V.: *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías,* Madrid, La Ley-Actualidad, 1997.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: «Contrato de obra. cumplimiento defectuoso; recepción de la obra; caducidad. Fianza. naturaleza civil o mercantil; solidaridad, transacción», CCJC, nº 21, 1989, págs. 969-980.

Tema 26
Los contratos aleatorios, transacción y arbitraje

1. CONTRATOS ALEATORIOS

El art. 1.790 CC proporciona una definición general de contrato aleatorio: «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado».

La doctrina dentro del grupo de los contratos onerosos, ha establecido dos subgrupos: los contratos conmutativos y aleatorios. La primera categoría se caracteriza porque en ella el montante de la contraprestación está determinado desde el momento de la celebración del contrato, mientras que en el caso de los aleatorios al tiempo de su celebración no se conoce el equivalente económico de las contraprestaciones por depender de un acontecimiento incierto. La denominación contratos aleatorios proviene de la expresión latina *alea* que significa suerte, azar, riesgo o fortuna; en estos contratos el elemento riesgo ha sido elevado a la categoría de elemento inductor de su celebración (Gitrama González, 1991).

El alea se convierte en causa del contrato aleatorio y consiste en el hecho de que al tiempo de la celebración del contrato es incierto para cada una de las partes si le reportará una pérdida o una ventaja que sea proporcionada al sacrificio patrimonial que ha de soportar. Para cada una de las partes, pues el riesgo ha de ser bilateral; cada una de ellas puede ganar o perder y la ganancia de una supone pérdida de la otra. Son contratos de esperanza que surgen de la incertidumbre del sobrevenimiento de hechos que pueden ser perjudiciales, o por querer tentar a la fortuna o prevenirse ante los caprichos de la misma (Gitrama gonzález, 1991).

Los elementos de los contratos aleatorios son tres (Gitrama González, 1991):

A) La indeterminación inicial del resultado.
B) La dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto.
C) La voluntariedad de los interesados al asumir ese riesgo.

El Código Civil bajo la rúbrica «De los contratos aleatorios o de suerte», Libro IV, Título XII, regula los siguientes contratos aleatorios: seguro, juego, apuesta, renta vitalicia. La enumeración del CC no es exhaustiva y las partes pueden pactar cualquier otro contrato de estas características dentro del margen del art. 1.255 CC.

1.1. El juego y la apuesta

El Código dedica unas normas al juego y a la apuesta, si bien únicamente se ocupa de regular las consecuencias patrimoniales de un juego o de una apuesta, no de regular el contrato de juego o de apuesta (arts. 1.798 y 1.801).

La regulación de los juegos de azar pertenece al ámbito del derecho administrativo, donde podemos encontrar con toda una serie disposiciones al efecto:

Entre muchas otras, destacamos, el RDL 16/77, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales, de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas; RD 444/1977, de 11 de marzo, normas complementarias del Real Decreto-Ley 16/77; RD 2709/1978, de 14 de octubre, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 444/1977. Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de suerte, envite o azar. Orden de 6 febrero 1968, del Ministerio del Interior, por la que se crea

la Brigada Especial del Juego. Orden EHA/2566/2005, de 20 de julio, por la que se autoriza a Loterías y Apuestas del Estado la comercialización y explotación de sus productos a través de Internet o de otros sistemas interactivos.

Esta materia también ha sido objeto de regulación por las CCAA, este es el caso de la Ley 4/1988, de 3 de junio, del Juego de la Comunidad Valencia.

1.2. La renta vitalicia

El contrato de renta vitalicia aparece en el art. 1.802 del CC: «El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión».

> Ej. Una anciana transfiere a un banco la propiedad un inmueble, la entidad de crédito a cambio le pagará una pensión mensual durante el resto de su vida.

La aleatoriedad, en este tipo de contrato reside en la incertidumbre sobre la duración de la vida de la persona a cuyo favor se constituye la renta vitalicia, cuya extinción determinará la de la obligación de pago de la pensión (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La STS 11 julio 1997 (RJA 6152) establece que:

> El contrato de renta vitalicia viene definido en el artículo 1802 CC que destaca su carácter de contrato a título oneroso y aleatorio (S. de 9 febrero 1990 [RJA 673], 5 junio 1991 [RJA 4419] y 18 enero 1996 [RJA 246]) y las obligaciones de carácter personal, sin carácter real (S. 8 mayo 1992 [RJA 3891]) del pagador y del rentista: el primero tiene la esencial de pagar la renta durante la vida que se determine, que la normal es la del propio rentista y el segundo tiene la esencial de la entrega y transmisión dominical de un *capital en bienes muebles o inmuebles*, como dice literalmente dicho artículo 1802 pero que se interpreta en un sentido amplio que comprenden solo la transmisión del derecho de propiedad de cosa mueble o inmueble, sino también la de cualquier otro derecho real que no sea el de propiedad o incluso un derecho personal...

1.3. El contrato de seguro

El Código Civil en los arts. 1.791 a 1.797 establecía una serie de reglas sobre el contrato de seguro, que habida cuenta de su insuficiencia para regular esta figura han sido derogadas por la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

2. LA TRANSACCIÓN

2.1. Concepto

En virtud del contrato de transacción las partes, haciéndose concesiones mutuas, «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que ya había comenzado» (art. 1.809).

> Por ejemplo, vendido un automóvil, se discute si determinados aparatos electrónicos instalados en el mismo estaban o no incluidos en la venta. Si las partes acuerdan que el comprador se queda con los accesorios pagando al vendedor una cantidad inferior a su valor, estamos ante un contrato de transacción: el vendedor ha cedido los aparatos electrónicos muebles que, según él, le correspondían porque no los había vendido; y el comprador ha cedido una cantidad de dinero que, según él, no le correspondía pagar.

La institución de la transacción, junto con el arbitraje, es una vía para evitar la resolución de controversias acudiendo a los tribunales civiles.

La STS 20 octubre 2004 (RJA 6575) manifiesta que: «El contrato de transacción, conforme al art. 1.809 CC, hay que referirlo a todo convenio dispositivo por medio del cual, y mediante recíprocas prestaciones y sacrificios, se eliminan pleitos pendientes y futuros y también la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica que, mediante pacto, pasa a revestir una configuración cierta y vinculante».

2.2. Objeto de la transacción

El Código no se pronuncia de modo general sobre el objeto de la transacción. La doctrina estima que la transacción puede versar sobre cualquier cosa o derecho que sea susceptible de ser objeto de un contrato. De modo cosa o derecho tendrán que cumplir con los requisitos establecidos en los arts. 1.271 a 1.273 CC (Pérez Álvarez, 2000).

El Código señala que se puede transigir sobre la acción civil procedente de un delito, pero sin que por ello se extinga la acción pública para la imposición de la pena (art. 1.813 CC y arts. 106, 107 y 117 Lecrim). El Código, por el contrario, excluye determinadas materias como objeto de la transacción: no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros (art. 1.814 CC), esto es así por tratarse de materias que afectan al orden público (Pérez Álvarez, 2000).

En la Ley de Enjuiciamiento civil se reconoce la posibilidad de la transacción judicial en el art. 19.1:

> Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión.
>
> 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.
> 2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.

En el art. 751 LEC, se establece que en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores «no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción».

2.3. Efectos de la transacción

No existe ninguna norma que regule la forma de la transacción, por lo que habrá que estimar que será válida cualquiera que sea la forma en que se celebre (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Según el art. 1.816 del CC la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, es decir que se reconoce a la transacción como el equivalente de una sentencia (Díez-Picazo y Gullón, 2001). Lo que supone que ya no se podrá iniciar un nuevo pleito sobre esta materia. En todo

caso la parte demandada podrá oponer a la actora la excepción de transacción (*exceptio pacti*) (Pérez Álvarez, 2000).

No obstante, la jurisprudencia estima que sí que es posible la transacción sobre el resultado de una sentencia. Así en la sts 18 junio 2007 (rja 3527), aunque hubiera recaído sentencia firme en el pleito en cuestión, lo que las partes transigieron fue sobre los problemas que se planteaban en la ejecución de la mencionada sentencia. Siendo la ejecución un nuevo procedimiento, nada impide a las partes llegar a una transacción sobre los efectos que la sentencia debe producir. Por lo que la causa de la transacción concurría y era perfectamente ajustada a derecho.

La transacción *produce* efectos novatorios. Así la sts 15 noviembre 2004 (rja 1098) establece que: «toda transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica diferente, provocando el nacimiento de nuevos vínculos y obligaciones, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y sustituye la relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida».

3. EL ARBITRAJE

3.1. Concepto y regulación

La institución del arbitraje constituye un procedimiento por el que una cuestión litigiosa se somete, no a la resolución del Tribunal correspondiente, sino a la de uno o varios árbitros, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de estos.

El arbitraje es un sistema para la resolución de conflictos entre particulares, profesionales o empresas cuya aplicación evita tener que acudir a los tribunales de justicia al tiempo que se evitan los elevados costes y prolongación en el tiempo que supone el recurso a la justicia ordinaria.

El procedimiento arbitral está regulado en la Ley 60/2003 de Arbitraje –en adelante, la– (que ha derogado la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988); se caracteriza por su gran sencillez puesto que permite que las partes, libremente, acuerden por escrito someter a un experto en la materia objeto del litigio la resolución de sus conflictos.

El árbitro resolverá las controversias, interpretaciones, incumplimientos o ejecuciones que hayan surgido entre las partes mediante el denominado *laudo* que es una resolución o fallo que tiene a todos los efectos el mismo valor –cosa juzgada– que una sentencia judicial firme (art. 43 la).

La Ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de Tribunal Arbitral, que puede causar confusión con los Tribunales Judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquellos en los que el árbitro es único.

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro (art. 12 la). Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión (art. 13 la). Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros (art. 14 la) a las corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia y a las Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

3.2 Materias susceptibles de arbitraje

Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (art. 2 LA).

3.3. Clases de arbitraje

Ley 60/2003 pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad (Exposición de Motivos).

El arbitraje puede ser de Derecho o de equidad. La regla general es el arbitraje de Derecho (art. 34 LA), en el que los árbitros deberán fallar conforme a Derecho, y tienen que ser, obligatoriamente, abogados en ejercicio. En el de equidad los árbitros deberán resolver según su saber y entender, y podrá ser árbitro cualquier persona (salvo jueces, magistrados y fiscales en activo, y funcionarios retribuidos por arancel).

La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la «equidad», o a términos similares como decisión «en conciencia», *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como «amigable componedor». No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación

3.4. El convenio arbitral

Es el contrato por el que las partes acuerdan someter las cuestiones litigiosas que existan o puedan existir entre ellos a la decisión de uno o más árbitros, así como acatar sus decisiones.

Se puede someter a arbitraje una controversia existente, o bien las que puedan surgir en el futuro de una relación jurídica determinada, siempre y cuando la controversia esté pendiente; es decir, que no exista una resolución judicial firme sobre ella. No puede versar el arbitraje sobre materias que no sean disponibles por las partes (como el estado civil de las personas), o en las que necesariamente deba intervenir el Ministerio Fiscal en defensa de menores e incapaces. Tampoco se puede convenir el arbitraje cuando la cuestión controvertida está unida a otra sobre la que las partes no pueden disponer (Bercovitz, 2006).

El convenio arbitral (art. 9 LA) podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. También puede estar contenido en contrato de adhesión. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito

cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

El convenio arbitral obliga a las partes a someterse a la decisión de los árbitros, e impide que los Tribunales puedan conocer de la cuestión litigiosa. En este sentido el art. 7 LA establece que: «En los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá ningún Tribunal, salvo en los casos en que esta así lo disponga». En parecidos términos el art. 11 establece que: «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje...».

3.5. El laudo arbitral

Las resoluciones que emiten los árbitros reciben el nombre de laudo, su finalidad no es otra que la de dirimir un conflicto entre dos o más partes. El equivalente al laudo en el orden jurisdiccional es la sentencia, que es la que dicta un juez. La diferencia estriba en que, mientras que la jurisdicción del juez viene marcada por la ley, la jurisdicción del árbitro viene dictada por la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, el arbitraje debe ser aceptado por ambas partes (ya sea de forma previa, a través de un contrato, o de posteriormente, cuando ya ha surgido el conflicto) como forma de resolver el litigio.

Para la ejecución del *laudo arbitral* es necesario acudir a un juez, que es quien tiene la potestad para ordenarlo y, en su caso, forzar su cumplimiento. Si el laudo ha sido dictado conforme a derecho, el juez no entrará a conocer sobre el contenido del mismo, sino que simplemente ordenará su aplicación.

El *laudo* como ya hemos dicho puede estar fundamentado en derecho. Las partes pueden haber expresamente acordado que el arbitraje se haya hecho basándose en criterios de equidad. Los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

La forma del laudo. Según el art. 37.3 LA:

> todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o solo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.
> A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

La nueva ley ha suprimido el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo que exigía la anterior ley.

El plazo para dictar el laudo será de seis meses a contar desde la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el art. 29 o de expiración del plazo para presentarla, salvo que pacto en contrario de las partes. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada (art. 37.2 LA).

Los laudos podrán ser anulados (que no recurridos) ante los tribunales por siguientes motivos (art. 41 LA):

a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
f) Que el laudo es contrario al orden público.

Los laudos firmes producen efectos de cosa juzgada y frente a ellos solo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido por la LEC para las sentencias firmes. Los laudos podrán ser ejecutados forzosamente de acuerdo a lo dispuesto en la LEC (art. 44 LEC), es decir, de modo similar a como las sentencias firmes.

3.6. El arbitraje de consumo

El art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios impuso al Gobierno la obligación de establecer un sistema arbitral, voluntario y sin formalidades especiales, encaminado a resolver las reclamaciones de los consumidores. El Gobierno cumplió con esta obligación mediante el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que ha sido derogado por el Real Decreto 231/2008, de 15 febrero, que regula el sistema arbitral de consumo; en su artículo 1 se establece que «1. Esta norma tiene por objeto regular la organización del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento del arbitraje de consumo. 2. El Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor».

El sistema es, efectivamente, voluntario: el consumidor puede acudir a él o, si lo prefiere, directamente a los Tribunales; y los empresarios y profesionales no están obligados a aceptar este sistema para la resolución del conflicto a no ser que hubiesen realizado oferta pública de sometimiento al mismo, en cuyo caso quedará formalizado el convenio arbitral con la presentación de la solicitud por el reclamante (arts. 34 y ss.).

Las CCAA han legislado en esta materia, así la Comunidad Valenciana ha previsto en el art. 31 del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana el establecimiento de este sistema para la resolución de reclamaciones. Las reclamaciones se pueden efectuar ante los Servicios Territoriales de Consumo de la Conselleria de Empresa, Universidad y Ciencia, situados en cada capital de provincia; en las Asociaciones de Consumidores que actúen en su municipio y en la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) de los ayuntamientos. El arbitraje se realiza en las llamadas Juntas Arbitrales de Consumo, de las que hay tres, una por cada una de las 3 provincias de la Comunitat Valenciana y además una sede en Benidorm. La CV además cuenta desde el año 2003 con el Arbitraje virtual de Consumo que permite el desarrollo de todo el procedimiento arbitral de consumo por medios telemáticos; incluso prevé que la fase de Audiencia, a la que son citadas las partes, se celebre por video-conferencia.

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Arbitraje

AAVV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A. Y HIERRO ANIBARRO, S.), Madrid, Marcial Pons, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La nueva Ley de Arbitraje», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coords. por ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E.) Vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 361-372.

MORALES MUÑOZ, E.: «Arbitraje. Concepto, naturaleza, fundamento, clases, arbitrajes especiales», ACC, nº 17, 2007, págs. 1985-2001.

VERDERA Y TUELLS, E.: «La Ley 60/2003, de arbitraje y, la modernización del arbitraje comercial en España», *Estudios de derecho judicial,* nº 102, 2006, págs. 13-64.

2. Renta vitalicia

BADENAS CARPIO, J. M.: *La renta vitalicia onerosa: estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, Cizur menor (Navarra) Editorial Aranzadi, 1995.

MACÍAS CASTILLO, A.: «Contrato de renta vitalicia y legitimación para exigir su cumplimiento», AC, nº 3, 2007, págs. 326-329.

RODRÍGUEZ RAMOS, A. M.: *La renta vitalicia gratuita,* Granada, Comares, 2006.

Tema 27
Cuasicontratos

1. CONCEPTO DE CUASICONTRATO

1.1 Concepto de cuasicontrato

El art. 1.089 CC cita entre las fuentes de las obligaciones a los cuasicontratos. Los considera como fuente autónoma, independiente de las otras en él recogidas. El CC regula esta figura que aparece regulada en el Libro IV, Título IV, Capítulo I, bajo el epígrafe «De las obligaciones que se contraen sin convenio». Este capítulo se divide en dos secciones «De la gestión de negocios ajenos» (arts. 1.887 a 1.894) y «Del cobro de lo indebido» (arts. 1.895 a 1.901).

El art. 1.887 los define como «hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados».

En esta figura nos encontramos con obligaciones impuestas por la ley en situaciones en las que los principios de solidaridad social o justicia lo demandan (Díez-Picazo y Gullón, 2001). A pesar de que el código presenta a los cuasicontratos como una institución única, la doctrina estima que las diferencias entre las distintas modalidades son de tal calado que el mantenimiento de unidad obedece a meras cuestiones históricas (Parra Lucán, 2000).

1.2 Clases de cuasicontratos

El Código Civil solo regula como cuasicontratos la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido. Sin embargo, la doctrina ante lo genérico de la definición cuasicontrato que efectúa el art. 1.887 CC admite la posibilidad de otros cuasicontratos como el «enriquecimiento injusto» que tiene su origen en los principios generales del derecho (Parra Lucán, 2000).

2. GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS SIN MANDATO

2.1. Concepto

El art. 1.888 CC no define la gestión de negocios sino que describe el supuesto al establecer que: «El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de este, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí».

Esta figura supone la intervención en la esfera jurídica de otra persona, lo que supone una excepción a la regla de exigencia de aquella. El ordenamiento, por motivos de solidaridad social, reconoce efectos jurídicos a la gestión de negocios ajenos sin mandato siempre que se cumplan una serie de requisitos (Parra Lucán, 2000).

> Ej. Un agricultor castellano se da cuenta que el campo de su vecino se encuentra invadido por una plaga de topillos que, de no ser tratada adecuadamente le va a arruinar la cosecha. Habida cuenta de que su vecino se encuentra de vacaciones en el extranjero, decide realizar el tratamiento de urgencia que necesita el campo, evidentemente sin poder haberlo consultado con aquel.

2.2. Caracteres

Esta figura presenta los siguientes caracteres (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

1º Gestión de manera voluntaria por no existir obligación legal, o pactada, de asumir la gestión.
2º Intención de gestionar un negocio ajeno (*animus aliena negotia gerendi*), que es diferente a la de realizar la gestión de modo altruista.
3º *Absentia domini.* Que el objeto de la gestión de negocios se halle abandonado o que el dueño se encuentre imposibilitado de hacerse cargo de él.
4º El objeto de la gestión ha de ser lícito.
5º Utilidad de la gestión para el *domini.*

El ts ha perfilado esta figura en numerosas sentencias. Así la sts 9 marzo 2006 (rja 1071) –con cita de la S.2 de febrero de 1954 (rja 322)– dice que: «son de nuestro derecho las características del «cuasi contrato» de gestión de negocios que los actos que se realicen con esa finalidad respecto a bienes que estén de hecho abandonados, lo sean espontáneamente, y sin mandato ni conocimiento del dueño de los mismos, obrando, por lo tanto, sin autorización expresa ni tácita y sin su oposición, con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad, y no siendo admisible tampoco, como ha declarado nuestra jurisprudencia, que se haga por codicia de ganancia».

2.3. Objeto de la gestión

El art. 1.888 se refiere a los negocios de otro, si bien la doctrina entiende la expresión negocio en sentido amplio, incluyendo no solo los negocios jurídicos patrimoniales sino también la realización de actos materiales de carácter personal (Parra Lucán, 2000).

Ej. extraer el agua que ha inundado la casa ajena, extinción de un incendio, transporte de un herido a un hospital, etc.

2.4. Obligaciones del gestor

El gestor está obligado a continuar la gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo (art. 1.888 cc). El gestor está obligado a obrar con la diligencia propia de un buen padre de familia e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño (art. 1.890). El gestor asimismo está obligado a rendir cuentas de su gestión, aunque el Código guarde silencio respecto a este extremo (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

2.5 obligaciones para el *dominus negotii*

Para el *dominus negotii* la ratificación de la gestión produce los efectos del mandato expreso (art. 1.892). Aun cuando no hubiera ratificado expresamente la gestión ajena, tiene la obligación de responder de las obligaciones contraídas por el gestor en su interés, indemnizándole de los gastos necesarios y útiles y de los perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de su cargo (art. 1.983) (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La ratificación de la gestión determina que se apliquen las normas del mandato expreso con carácter retroactivo. En el caso de no existir ratificación, el Código prevé en el art. 1.893 cc dos supuestos en los que igualmente se reconocen consecuencias a la gestión (Parra Lucán, 2000): *a*) la gestión útil o provechosa, en cuyo caso el *dominus negotii* será «responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo» y *b*) la gestión precautoria, cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno.

3. EL COBRO DE LO INDEBIDO

Este cuasicontrato surge cuando por error se entrega una cosa que no es debida, señalando en este caso la ley la obligación de restituirla (Parra Lucán, 2000). El código regula el cobro de lo indebido en los arts. 1.895 a 1.901 cc. Quien por error paga lo que no debía tiene derecho a recuperar lo entregado, en este sentido el art. 1.885 cc establece que: «Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla».

> Ej. Un supuesto habitual lo tenemos cuando el banco por error ingresa una determinada cantidad de dinero en una cuenta equivocada. En este caso el titular de esa cuenta carece de título para quedarse con ese dinero. De modo que quien ha pagado por error lo que no debía (el banco) tiene derecho a reclamar lo que el otro ha percibido indebidamente.

La sts 6 marzo 2007 (rja 1533) señala los tres requisitos que la jurisprudencia ha venido fijando para la existencia del cobro de lo indebido: «*a*) pago efectivo de una cantidad con ánimo solvendi y con la intención de cumplir un deber jurídico; *b*) inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe y, por consiguiente, falta de causa en el pago y *c*) error en quien lo hizo».

La concurrencia de aquellos requisitos hace surgir la obligación de restituir o derecho de repetición desde el punto de vista de quien sufre el cobro de lo indebido.

Así, la sts 13 marzo 2007 (rja 692) se refiere al «derecho de repetición» al establecer que:

> la jurisprudencia ha venido fijando tres requisitos como necesarios para el éxito de la acción de repetición, derivada del cobro de lo indebido: primero, pago efectivo; segundo, falta de causa; y tercero, error por parte de quien hizo el pago (Sentencia de 26 de diciembre de 1995 [rj 1995, 9207], y en el mismo sentido Sentencias de 10 de junio de 1995 [rj 1995, 4914] y 31 de mayo de 2006 [rj 2006, 3323]).

El código establece un doble régimen para los efectos del pago de lo indebido, según que exista o no mala fe. En el primer caso, el art. 1.896 cc, establece que:

> El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuándo la cosa recibida los produjere.
> Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó.

Los efectos de quien de buena fe recibe indebidamente la cosa o el precio, son de una intensidad inferior, según queda reflejado en los arts. 1.897 a 1.899 cc.

Finalmente, el art. 1.901 establece una presunción a favor de la existencia del error:

> Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa.

4. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

La figura del enriquecimiento injustificado o sin causa carece de regulación en el Código Civil, habida cuenta de que se trata de una construcción jurisprudencial y doctrinal relativamente moderna (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La doctrina estima que existe un principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto (Parra Lucán, 2000). Lo que supone que cuando una atribución patrimonial no está fundada en una causa justa, el que ha recibido la transmisión deber restituirla. El empobrecido sin causa cuenta a su favor con una acción para obtener y reclamar dicha restitución: la acción de enriquecimiento injusto (Díez-Picazo y Gullón, 2001)

Un ejemplo citado por Díez-Picazo y Gullón, extraído de la jurisprudencia francesa, es el de la empleada que a causa de una promesa de matrimonio, trabaja gratis para su patrón, además de ser su concubina. Como no se celebró el matrimonio, los tribunales condenaron a aquel a pagarle los salarios que se ahorró y que contribuyeron a aumentar su patrimonio.

La doctrina y jurisprudencia vienen exigiendo los siguientes requisitos para el enriquecimiento sin causa:

a) La adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento por parte del actor.
b) Relación de causalidad o conexión entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.
c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento.

> La sts 30 marzo 2007 (rja 3557) señala que: «No puede infringirse la doctrina del enriquecimiento injusto cuando se observa la concurrencia de una situación que autoriza el resultado obtenido, ya consista en una norma jurídica que lo legitime, ya en un negocio jurídico válido y eficaz (sentencias de 8 de julio de 2003 [rj 2003, 4334], 26 de junio de 2002 [rj 2002, 5499], 12 de julio de 2000 [rj 2000, 6686], entre tantas otras), como aquí ocurre».

d) Carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento. La jurisprudencia viene exigiendo para la aplicación de esta figura, que no exista otro remedio o expediente para lograr la restitución que se pretende (Parra Lucán, 2000).

Así, la sts 30 abril 2007 (rja 2396) ha señalado (con cita de las sentencias 12 abril 1955 y 19 febrero 1999 (rja 1055) que «la acción de enriquecimiento injusto debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la Ley concede acciones específicas en un supuesto concreto, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni falta de ejercicio legitiman la utilización de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa»; (en este mismo sentido las recientes sentencias de 21 octubre [rj 2005, 8274] y 30 noviembre 2005 [rj 2006, 82] y 3 enero [rja 2006, 258] y 8 mayo 2006 [rj 2006, 2341]).

El éxito de la acción de enriquecimiento supone la restitución de lo obtenido por enriquecimiento o su equivalente (Parra Lucán, 2000).

LECTURAS RECOMENDADAS

De La Cámara Álvarez, M. y Díez-Picazo, L.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa,* Madrid, Civitas, 1988.

Lacruz Berdejo, J. L.: «La gestión de negocios sin mandato», rcdi, año 51, nº 507, 1975, págs. 245-270.

Sánchez Jordán, M. E.: *La gestión de negocios ajenos,* Madrid, Civitas, 2000.

Tema 28
Responsabilidad Civil

1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

1.1. Introducción

No causar daño a los demás *(neminem laedere potest)* es una de las principales reglas de convivencia humana. El ordenamiento jurídico sanciona la conducta lesiva productora de un daño, de manera que el causante del mismo responde de él, es decir, se halla sujeto a una responsabilidad que se traduce la obligación de indemnizar o reparar el daño causado (De Ángel Yágüez, 2007).

Existen dos grandes grupos de actos dañosos que integran la responsabilidad civil: los que consisten en incumplir un contrato (u otra relación jurídica), y los que se producen en el desarrollo de cualquiera de las actividades humanas, pero al margen de toda *relación jurídica* previa entre dañador y víctima. En el primer caso, la obligación de indemnizar deriva de la violación de un contrato que ha sido incumplido. La doctrina al referirse a este supuesto lo denomina *responsabilidad contractual*, cuyo fundamento legal se encuentra en el art. 1.101 del cc: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella».

En el segundo supuesto, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido una de las normas esenciales de convivencia, el principio neminem laedere. Este supuesto origina la llamada responsabilidad extracontractual regulada principalmente en el art. 1.902 del cc: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

La sts 3 octubre 1968 establece que la responsabilidad contractual presupone una relación preexistente, que de ordinario es un contrato, pero que puede ser cualquier otra relación jurídica...; ya que es la responsabilidad extracontractual que regulan los arts. 1.902 y siguientes la que se funda en la existencia de un daño con independencia de cualquier relación obligatoria antecedente entre las partes de la relación obligatoria subsiguiente de los perjuicios. Con la excepción de aquel deber que a todos nos incumbe, cual es el de no causar daño a los demás individuos de la comunidad social (*neminem laedere*).

1.2. La confusión terminológica

Junto con los términos responsabilidad civil también se utilizan las siguientes expresiones: «responsabilidad aquiliana», derivada de la *Lex Aquilia* que en Roma sancionaba esta modalidad de responsabilidad civil; «obligación nacida de acto ilícito» (art. 1.089), «responsabilidad cuasi delictual» o simplemente «responsabilidad civil». En ocasiones, también se utiliza el término culpa dando lugar a las expresiones: culpa extracontractual y culpa aquiliana, atendiendo más que a la consecuencia (deber de responder) a la causa originaria del mismo, a la reprochabilidad de la conducta del mismo (a la culpa). Finalmente, el término puede aún acotarse más utilizándose el de responsabilidad civil extracontractual, en contraposición a la responsabilidad penal y a la responsabilidad civil contractual (De Ángel Yágüez, 2000).

La expresión responsabilidad civil, utilizada de modo riguroso, engloba tanto la que deriva del incumplimiento del contrato (responsabilidad contractual) como la que nace al margen de una previa relación contractual (responsabilidad extracontractual). Sin embargo, es frecuente utilizar la expresión responsabilidad civil para referirse solo a la responsabilidad extracontractual (De Ángel Yágüez, 2007).

En el mundo de los seguros, incluso se va más allá utilizando la abreviatura RC (responsabilidad civil) para referirse en realidad a la responsabilidad extracontractual.

La última tendencia en la doctrina es la de utilizar el término «derecho de daños», para referirse a la parcela del ordenamiento jurídico que versa sobre la responsabilidad civil. La expresión pone todo su interés en la consecuencia lesiva del acto (el daño que origina el deber de indemnizar), dejando de lado la responsabilidad del sujeto productor del daño (De Ángel Yágüez, 2000).

1.3. Diferencias entre ambos tipos de responsabilidad

Las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad son las siguientes:

1. *Respecto al grado de cualificación de la culpa.* En materia contractual, la culpa es el fundamento de la responsabilidad, de tal forma que la responsabilidad por incumplimiento se equipara a responsabilidad por culpa (Jordano Fraga, 1987).

   En materia contractual solo a partir de la culpa levis se originará el deber de indemnizar, salvo pacto en contrario. En la responsabilidad extracontractual o aquiliana, el grado de intensidad de la culpa es menor, bastando que la acción u omisión que haya causado el daño haya tenido lugar concurriendo cualquier género de culpa o negligencia. La responsabilidad surge incluso en el supuesto de culpa levísima que no hubiese dado lugar a responsabilidad contractual.

2. *El alcance del deber de reparar.* El alcance de la indemnización en materia de responsabilidad contractual es variable: si el incumplimiento de la obligación es de *buena fe* (culposo) la obligación la indemnización se limitará a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar (art. 1.107-1º CC), en cambio en el supuesto del *dolo* (mala fe) se tiene que responder íntegramente (art. 1.107-2º CC) (Pantaleón, 1991). Por el contrario, en la responsabilidad extracontractual, la indemnización siempre es total puesto que en este ámbito no se admiten graduaciones o moderaciones de la culpa. El criterio aplicable será el resarcimiento integral ex art. 1.107-2 CC; lo que supone la indemnización por todos los daños causados conocidos e incluso el beneficio dejado de obtener (*lucrum cesans*).

   Los dos tipos de resarcimiento, limitado e integral, aparecen contemplados en el artículo 1.107 que formal o sistemáticamente es un desarrollo del 1.101 (este precepto consagra el principio de responsabilidad por el incumplimiento, o por el cumplimiento defectuoso o tardío de las obligaciones contractuales). Establece el art. 1.107-1º que los «daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Y añade su párrafo segundo que «en caso de dolo responderá el deudor de todos los (daños y perjuicios) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Pues bien, precisamente de ese precepto se extrae la conclusión de que el mismo no es aplicable al ámbito de la extracontractual (Pantaleón, 1991).

3. *Los plazos de prescripción.* La acción para exigir la responsabilidad contractual prescribe por el transcurso de 15 años de acuerdo con el art. 1.964 CC, mientras que el plazo para la extracontractual es de tan solo un año (art. 1.968-2º).

La brevedad del plazo prescripción en la responsabilidad extracontractual motiva que cuando este ha transcurrido, la defensa letrada del perjudicado intente reconducir la reclamación como si se tratase de un asunto de responsabilidad contractual.

4. *El régimen de responsabilidad en el caso de concurrencia de varios agentes.* En materia de responsabilidad contractual, el Código Civil se inclina por la fórmula de la no presunción de solidaridad, esto es, la de la mancomunidad (art. 1.137). Por el contrario, en materia de responsabilidad extracontractual, los tribunales vienen optando por la solidaridad cuando varias personas concurren como autores en la producción de un daño.

   No obstante, la solidaridad va imponiéndose en todos los ámbitos como criterio general, aun a espaldas de la ley (Yzquierdo Tolsada, 2001).

5. *Admisibilidad de cláusulas de exoneración o limitativas de la responsabilidad.* Este tipo de cláusulas son admitidas, si bien de forma limitada, en la responsabilidad contractual. En la responsabilidad extracontractual son inoperantes aquellas cláusulas puesto que no existe contrato previo entre el agente causante del daño y la víctima (Yzquierdo Tolsada, 2001).

   Cuestión diferente es la presencia de este tipo de cláusulas en las pólizas de seguros de responsabilidad civil, permitida dentro de los límites que establece en los arts. 3 y 73 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro.

6. *Diferente régimen de la prueba de la culpa.* En la esfera contractual la doctrina y la jurisprudencia dominantes reconocen la existencia de una presunción de culpa del deudor por aplicación analógica del artículo 1.183 cc («siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096»). Al acreedor le basta probar la existencia de la obligación preexistente y su incumplimiento (art. 217 lec). El deudor para eximirse de su resolución tendrá que probar las causas por las que el incumplimiento no le es imputable (Yzquierdo Tolsada, 2001).

   En el ámbito de la responsabilidad extracontractual no existe presunción contra el agente causante del daño, recayendo sobre el perjudicado demandante la prueba de la culpa del dañador. No obstante, poco a poco se va instaurando el principio jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil objetiva (Yzquierdo Tolsada, 2001). Este principio de inversión también ha sido instaurado por algunas leyes especiales de responsabilidad civil.

7. *La capacidad de obrar.* Esta capacidad es presupuesto para la responsabilidad contractual, sin embargo, en materia extracontractual hay casos en los que se establece la culpabilidad el menor o el incapaz aunque sean los padres quienes respondan civilmente de las consecuencias del daño (Yzquierdo Tolsada, 2001).

8. *Responsabilidad por hecho del dependiente*. En materia extracontractual cabe la exoneración del responsable principal, si se demuestra que fue empleada por él la diligencia exigible (art. 1.903), por el contrario no se admite esta exoneración en el ámbito contractual (Yzquierdo Tolsada, 2001).

La diferencia de competencia territorial para los diferentes tipos de responsabilidad civil ha desaparecido con la lec/2000; hasta entonces existía diferente competencia territorial en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. A la primera le correspondía el domicilio del demandando, mientras que en el ámbito extracontractual se aplicaba la del lugar en que se cometió el hecho dañoso (fuero *locus comissi factis*).

Hoy en día la competencia es la misma en ambos casos, la del domicilio del demandado, puesto que así se establece en el art. 50 LEC: «1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado [...]». La única excepción a esta regla general en materia de responsabilidad extracontractual es la que establece el art. 52.9. LEC:

> En los juicios en que se pida indemnización de los daños v perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños. 9. º En los juicios en que se pida indemnización de los daños v perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños.

1.4. Teoría de la unidad de la culpa

En ocasiones hay supuestos de hechos que se encuentran en un terreno fronterizo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. El TS ha resuelto estos casos acudiendo la denominada «teoría de la unidad de la culpa». Así la STS 30 marzo 2006 (RJA 5291):

> es doctrina jurisprudencial consolidada la de que el juzgador pueda intercambiar dichas acciones de responsabilidad contractual y extracontractual sin necesidad de incurrir en incongruencia, así por todas las sentencias 18 de febrero 1997 (RJA 1240) y de 8 abril 1999 (RJA 2660), esta Sala tiene establecida llamada «unidad de culpa» que determina la existencia de unos mismos principios tanto para la responsabilidad civil contractual como para la extracontractual o aquiliana, y así lo dice la sentencia 7 noviembre 2000 (RJA 8678), cuando afirma que «Esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y la misma realidad aunque tienen diversa regulación positiva: es la llamada «unidad de la culpa»; entre otras, las s. 28 junio 1997 (RJA 5151) , 2 noviembre de 1999 (RJA 7998), 10 de noviembre de 1999 RJA 8057) y 30 diciembre 1999 (RJA 9496) mantienen decididamente que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de la responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente.

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

2.1. Ámbito penal y civil de la responsabilidad

Al concepto de responsabilidad civil se llega a través de sucesivas acotaciones. En la primera, diferenciaremos entre el ámbito de la responsabilidad civil y el de la responsabilidad penal y en el otro separaremos entre los campos de actuación de la responsabilidad contractual y extracontractual (De Ángel, 2007).

La razón de ser de esta distinción reside en el hecho de que en toda sociedad civilizada hay conductas ilícitas que son *merecedoras de la aplicación de una pena*, mientras que otras solo dan lugar a la obligación de indemnizar a la víctima por el daño que se le ha causado. Los primeros son comportamientos constitutivos de ilícito penal. Es característico de estos comportamientos punibles el hallarse debidamente descritos (tipificados) por la ley penal. Son los delitos y faltas de nuestras leyes.

El art. 1.092 CC constituye una norma de remisión al establecer que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o de las faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal». A la acción contemplada en este precepto también se le denomina acción civil *ex delicto.* Algunos

procesalistas (De la Oliva, Font Serra) estiman que la denominación correcta debería ser la de «acción civil ejercitable en el proceso penal» puesto que en realidad el origen de la responsabilidad civil *ex* delicto y la extracontractual es el mismo: el deber de reparar el daño.

El Código Penal se ocupa de la responsabilidad civil en los arts. 109 a 122. El art. 109 CP establece que:

«1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil». El art. 110 dice que: «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1) la restitución 2) la reparación del daño y 3) la indemnización de perjuicios materiales y morales». El art. 116 CP establece que: «1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno [...]».

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim) también encontramos referencias a la acción civil derivada de delito en los arts. 100 a 117. El art. 100 establece que: «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible»; art. 111: «Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme...»; art. 115: «La acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que solo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil»; art. 116: «La acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que solo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil»; finalmente el art. 117 establece que: «La extinción de la acción civil tampoco lleva consigo la de la penal que nazca del mismo delito o falta. La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente».

La conductas constitutivas de ilícito civil son comportamientos simplemente dañosos (contractuales o extracontractuales), no tipificados por la ley penal y cuya sanción por entenderse que solo lesionan un interés particular consiste en imponer al autor de los mismos una obligación de resarcimiento o indemnización (art. 1.092 y ss.) que puede consistir en «restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible» (art. 100 CP).

2.2. Diferencias entre responsabilidad penal y civil

Las diferencias entre ambos tipos de ilícito son las siguientes:

1. El ilícito penal se caracteriza por su tipicidad, al exigirse la prohibición de una conducta determinada en la ley penal. Será ilícito civil todo comportamiento dañoso no tipificado por la ley penal (Yzquierdo Tolsada, 2001).

2. La culpa penal comporta el castigo de la conducta dañosa con una pena, (prisión, multa, inhabilitación, cierre de establecimientos, privación de licencias, destierro) mientras que la civil supone el resarcimiento del daño al perjudicado o a sus herederos que puede consistir en la «restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible» (art. 100 CP).

3. La responsabilidad penal es estrictamente personal, sin posibilidad de transmisión a otros, mientras que la civil admite la condena por actos ajenos (arts. 1.903 CC y ss.).

4. Si la culpa civil obedece a la infracción de un deber objetivo de cuidado, la culpa penal requiere además de ese elemento integrante de la tipicidad o de la antijuricidad, otro que forma parte de la culpabilidad, cual es la infracción de un deber subjetivo de cuidado, o «culpabilidad del autor».

5. Si bien toda responsabilidad penal lleva aparejada una responsabilidad civil, no sucede lo contrario. Además, no es preciso que concurra ningún tipo de daño para que concurra la responsabilidad penal –homicidio frustrado– mientras que sin daño no hay responsabilidad civil (Yzquierdo Tolsada, 2001).

6. En los supuestos en que se admite civilmente la llamada responsabilidad objetiva o sin culpa, se apartando definitivamente las premisas de partida de la responsabilidad civil en relación con la penal.

7. La acción civil derivada de delito se ejercita en el proceso penal junto con las acciones penales.

8. La responsabilidad penal se extingue con la muerte del culpable (art. 115 Lecrim) mientras que la responsabilidad civil se transmite a los herederos del responsable y a los herederos del perjudicado (Yzquierdo Tolsada, 2001).

9. La responsabilidad civil es asegurable mientras que la responsabilidad penal no puede ser objeto de un contrato de seguro (Yzquierdo Tolsada, 2001).

   Así se deduce del contenido del art. 19 Ley 50/1980 de Contrato de Seguro: «El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado».

10. La acción penal por delito o falta, por lo general, no se extingue por renuncia de la persona ofendida, mientras que sí que es renunciable la acción civil derivada de delito (arts. 106 y 108 Lecrim).

2.3. La unificación de responsabilidades civiles

La doctrina estima que el diferente ámbito de regulación (penal o civil) entre una responsabilidad extracontractual de carácter general y una específica definida como derivada de delito o de falta debería de haber desaparecido desde hace mucho tiempo. El legislador del CP de 1995 no debería de haberla mantenido (Díez-Picazo, 2001).

El TS en alguna ocasión, sentencia 20 febrero 1979 (RJA 709), ha dejado claro que «el delito en sí mismo la única consecuencia que produce es la sanción penal». En consecuencia, el hecho de que con ocasión del delito se produzcan *además* daños resarcibles, no modifica un ápice la naturaleza jurídico-civil de la obligación de reparar. Es el daño en sí mismo lo que hace nacer la responsabilidad, con absoluta independencia de la conducta que lo origina sea o no reprochable para el ordenamiento penal (Yzquierdo Tolsada, 2001).

Según Pantaleón (1991) ambos tipos de responsabilidad tienen el mismo fundamento –el daño, que ha de ser atribuido al responsable mediante un adecuado criterio de imputación– e idéntica

finalidad reparatoria. El ordenamiento jurídico por razones de economía procesal y en base a que toda culpa criminal es culpa civil, habilita al juez penal, en los casos de sentencia condenatoria a pronunciarse sobre cuestiones resarcitorias puramente civiles. La doble regulación penal y civil se explica por motivos históricos, ya que el Código Penal fue anterior al CC Por todo ello, hay que afirmar estamos ante una única acción de responsabilidad aquiliana que puede ser ejercitada por la vía penal o civil.

3. CLASES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad civil extracontractual puede clasificarse de acuerdo con varios criterios:

A) Se puede distinguir entre una responsabilidad subjetiva y una responsabilidad objetiva. La primera de ellas se funda exclusivamente en la culpa del causante del daño, mientras que la objetiva tiene lugar con independencia de la culpa del causante del daño (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

B) La responsabilidad puede ser directa o indirecta. Es directa la que se impone a la persona causante del daño, de ahí que se diga que es una *responsabilidad por hechos propios*. La responsabilidad indirecta es la que se impone a una persona que no ha causado los hechos dañosos, cuando han sido otros los causantes directos, de ahí que se diga que es *responsable por hechos ajenos* (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

C) Responsabilidad principal y subsidiaria. Esta responsabilidad atiende a la exigibilidad de la obligación de indemnizar: es principal la responsabilidad inmediatamente exigible; es subsidiaria la responsabilidad que solo puede exigirse en defecto del obligado principal, bien porque no existe, o no cumple o porque es insolvente (Parra Lucán, 2000).

4. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

4.1. Introducción

Para la imputación de la responsabilidad extracontractual caben en principio dos criterios distintos:

a) El sistema de la responsabilidad subjetiva o por culpa, en el que la responsabilidad deriva de la culpa en que haya incurrido el agente causante del daño.

b) El sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, en el que la obligación de resarcimiento se genera simplemente por la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido, independientemente de la existencia o no de culpa. Basta que se produzca el daño para que el responsable del mismo, aún sin culpa tenga que indemnizar a la víctima.

4.2. La responsabilidad subjetiva o por culpa

El principio fundamental sobre el que tradicionalmente se ha apoyado el art. 1.902 CC es el de la existencia de culpa o negligencia en la responsabilidad extracontractual. El principio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico ha sido el de «ninguna responsabilidad sin culpa» (Parra Lucán, 2000).

La jurisprudencia, sin embargo, ha ido suavizando el rigor del principio culpabilístico a través de los denominados «expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa» (Parra Lucán, 2000). Estos son los siguientes:

a) *Mayor rigor en la interpretación y apreciación del art. 1.104 CC.* La culpa en el ámbito extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia como sucede con la responsabilidad contractual, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible. Es decir, que basta la culpa levísima para imputar la responsabilidad extracontractual. La STS 30 mayo 2007 (RJA 4338) estima que:

> En cualquier caso, si el accidente ocurre y este causa un daño, surgirá, ciertamente, la responsabilidad de las personas que tenían la obligación de proporcionar a los usuarios del supermercado las debidas condiciones de seguridad, acreditando el demandante la omisión de diligencia exigible por parte de los responsables del establecimiento cuyo empleo hubiese evitado el daño, acorde con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, según previene el art. 1.104 CC.

b) *No basta el cumplimiento de las disposiciones legales para evitar la responsabilidad.* La diligencia exigible no comprende solo la adopción de aquellas garantías exigidas por leyes y reglamentos, sino todos aquellos que la técnica y la prudencia impongan. La adopción de las garantías reglamentarias por sí solas no exoneran de responsabilidad.

La sentencia de 24 de mayo de 1993 (RJA 3727), sobre un caso de emanaciones tóxicas de una fábrica de aluminio, declaró que no bastaba haber cumplido los reglamentos para exonerarse de responsabilidad civil, añadiéndose a este argumento que el artículo 1.908 CC configura una responsabilidad de claro matiz objetivo. Tesis seguida, entre otras, por la STS 31 mayo 2007 (RJA 3431).

c) *Presunción de culpa del causante del daño.* Al agente corresponde desvirtuar aquella presunción demostrando que actuó con la diligencia debida, lo que supone una inversión de la carga de la prueba, ya que normalmente al demandante incumbe la prueba de los hechos constitutivos de su demanda (art. 217 LEC).

d) *Principio de expansión de la apreciación de la prueba.* Cuando no puede probarse con exactitud la causa del daño y la culpa del agente se acude a este principio.

Así ha sucedido en algunos pronunciamientos de la jurisprudencia en responsabilidad médica, como el de la STS 2 diciembre 1996 que admite el desplazamiento de la carga de la prueba «hacia la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba». Tesis seguida por la STS 2 marzo 2006 (RJA 726) y que además aparece recogida en el art. 217.7 LEC: «7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

4.3. La responsabilidad objetiva o sin culpa

4.3.1. Concepto

El principio fundamental sobre el que tradicionalmente se ha apoyado el art. 1.902 CC es el de que «no existe responsabilidad sin culpa». Hoy en día aquel postulado ha de completarse con la figura de la «responsabilidad objetiva o por riesgo» que parte de la afirmación de que «no ha de haber daño derivado de un daño previsto sin indemnización» (Puig Brutau, 1986).

La responsabilidad por riesgo tiene origen jurisprudencial y se basa en la idea de que quien crea un riesgo y con ello obtiene un beneficio debe responder de sus consecuencias (*eis commoda eius incommoda*) (Parra Lucán, 2000). A pesar del origen jurisprudencial de la figura, actualmente existen varios supuestos legales de responsabilidad objetiva en la legislación especial de daños.

En el Código también es posible encontrar algunos supuestos de responsabilidad objetiva en los que se genera una responsabilidad extracontractual aun cuando el responsable no haya incurrido en culpa o negligencia (Lasarte, 2007). Este es el caso de responsabilidad por daños causados por los animales, en los que el poseedor de aquellos debe responder de los daños, salvo que exista fuerza mayor, con independencia de que el responsable haya incurrido o en culpa o negligencia (art. 1.905 CC); también tiene carácter objetivo la responsabilidad fundada en el art. 1.908 CC (STS 31 mayo 2007 (RJA 3431).

4.3.2. Antecedentes históricos

El incremento de supuestos legales de responsabilidad no culposa, objetiva o por riesgo, es un fenómeno generalizado en los países de nuestro entorno. Desde la revolución industrial se ha producido un incremento de bienes de producción y servicios que, en sí mismos suponen representan una mayor dosis de peligro de riesgo de daños para terceras personas (Lasarte, 2007). La contrapartida del riesgo creado es la obligación de reparar el daño con independencia de la concurrencia de culpa o de que esta tenga que probarse (Puig Brutau, 1986). Todo ello ha requerido que el legislador de una respuesta diferente a la «culpabilística» ofrecida por el art. 1.902 del CC (Lasarte, 2007).

Ej. Una catástrofe aérea o la existencia de un grupo terrorista que causen daños a terceros exige contemplar la reparación de tales daños desde una perspectiva diversa a la culpabilidad del agente.

4.3.3. Ámbitos de aplicación de la responsabilidad objetiva

Si bien el campo de aplicación de la responsabilidad objetiva en las últimas décadas ha ido ampliándose merced a las nuevas leyes de responsabilidad civil, esto no significa que fuera de estos supuestos legales vaya a terminar sustituyendo a la responsabilidad por culpa. El TS, en sus últimas resoluciones viene advirtiendo contra las tendencias objetivadoras, y ha establecido, con gran acierto, en alguna resolución que la responsabilidad objetiva hay que aplicarla limitadamente a aquellos sectores que impliquen la creación de un riesgo superior a lo normal o que lo haya establecido una norma. De modo que fuera de aquellos casos ninguna actividad dañosa pueda dar lugar a una responsabilidad objetiva.

La TS 2 marzo de 2000 (RJA 2000 ,1304), junto a la de 20 marzo de 1996 (RJA 1996, 2244) estiman que la aplicación de la teoría del riesgo: «hay que aplicarla con sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos) y no a todas las actividades de la vida, sino solo a las que impliquen un riesgo considerable anormal en relación a los estándares medios. Y desde luego la puesta en uso y funcionamiento de unas escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril, difícilmente podrá estimarse como el establecimiento de un riesgo superior a lo normal». La STS 30 mayo 2007 (RJA 4338) también estima, en un caso de caída en un supermercado, que: «la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el art. 1.902 del Código Civil (SSTS 11 septiembre 2006 [RJA 8541] y 22 de febrero 2007), como tampoco acepta una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva ni la inversión de la carga de la prueba, limitada en la actualidad a supuestos legalmente tasados (art. 217.6 LEC)».

4.3.4. Los límites a la responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva no supone que la prueba de la existencia del daño desencadene automáticamente la obligación de indemnizar. Para que nazca el derecho a la indemnización se exige el correspondiente nexo de causalidad (causa-efecto) entre el riesgo y los daños causados. La jurisprudencia también ha venido exigiendo el enlace causa-efecto entre la acción u omisión y el resultado dañoso en la responsabilidad por riesgo.

La responsabilidad objetiva produce la consecuencia procesal de invertir la carga de la prueba (LASARTE, 2007). En la mayoría de supuestos legales de responsabilidad objetiva siempre hay un precepto en el que se establece la inversión de la prueba. Al perjudicado por una catástrofe aérea le bastará demostrar que su casa ha sido destruida al estrellarse un avión contra la misma, con independencia de la culpa o no del piloto. Por así deducirse del art. 120 de la Ley 48/1960 de Navegación Aérea: «La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia».

La responsabilidad por riesgo no supone la total superación de la responsabilidad por culpa, puesto que desde un punto de vista estrictamente jurídico solo cabe hablar de «soluciones cuasi objetivas». Esta tendencia jurisprudencial encuentra sus límites en los principios de culpa exclusiva de la víctima o asunción voluntaria del riesgo (PANTALEÓN, 1991).

La STS 6 junio 2007 (RJA 3422), con ocasión de un ahogamiento en la piscina de una comunidad de propietarios, de un varón de 40 años y usuario habitual y conocedor de la piscina que no sabía nadar, al pasar a la zona más profunda debidamente señalizada, establece que: «el riesgo no puede constituirse por sí, al margen de cualquier otro factor, fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1.902 y 1.903 CC, algo que la jurisprudencia de esta Sala no solo nunca ha llegado a afirmar sino que incluso ha negado expresamente, porque supondría tanto como pasar de las «tendencias objetivadoras» a la responsabilidad puramente objetiva, propia de regímenes especiales de civil pero no del régimen general establecido en las normas de que se trata».

4.3.5. El seguro de responsabilidad civil

El fenómeno de la responsabilidad objetiva se cierra con la existencia de un seguro obligatorio, legalmente exigido en la mayor parte de los casos en que el ordenamiento jurídico establece la

responsabilidad objetiva. El aseguramiento obligatorio aparece previsto en el art. 75 LCS: «Será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente».

Mediante el aseguramiento obligatorio, se consigue que todos aquellos que se encuentren en situación de crear riesgo, o que utilicen medios particularmente peligrosos, colaboren a sufragar los daños que efectivamente se produzcan en su sector de riesgo (Lasarte, 2007). Ej. Los propietarios de automóviles están obligados a contratar un seguro obligatorio, sufragándose así los daños a terceros que ocasionen los vehículos a motor.

El art. 73 LCS ofrece el siguiente concepto de seguro de responsabilidad civil, válido tanto para el seguro voluntario como para el obligatorio: «Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho».

5. RESPONSABILIDAD DIRECTA O INDIRECTA

La doctrina, partiendo de quien sea el causante de los daños, establece tres clases de responsabilidad:

1) Responsabilidad por actos propios. En este caso el causante de los daños es responsable de los mismos, hay una coincidencia entre el agente causante y la persona responsable.

2) Responsabilidad por hecho ajeno. En este supuesto se responde por los daños producidos por otra persona, de la que se tiene el deber de responder. El agente causante y el responsable no coinciden.

3) Los causados por animales o cosas. Se trata de los daños causados por animales o por cosas, como los árboles al caer.

5.1. Responsabilidad por actos propios

La responsabilidad de la persona por los resultados dañosos de su propia conducta se asienta en la fórmula del artículo 1.902 del Código Civil: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

5.2. Responsabilidad por hecho ajeno

5.2.1. Supuestos contemplados por el Código Civil

El art. 1.903 CC impone a determinadas personas el deber de indemnizar como consecuencia de los daños causados, no por ellos mismos, sino por otras personas de quienes se debe responder:

> Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
> Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.
> Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

La STS 10 marzo 1997 (RJA 2483) establece que la responsabilidad de los centros de enseñanza ex art. 1.903 «soslaya el principio culpabilístico para establecer una responsabilidad prácticamente objetiva».

La STS 13 junio 2007 (RJA 3509) condena a un Ayuntamiento por las lesiones de un menor al caerle encima de la cara la portería en cuyo larguero se había colgado con los brazos cuando jugaba al futbol-7. Se establece la responsabilidad del Ayuntamiento propietario de las instalaciones deportivas por carencia de anclaje en el pavimento y ausencia de vigilancia. El Ayuntamiento había contratado un servicio de mantenimiento y vigilancia, por lo que es condenado «por la falta de la adecuada vigilancia sobre el efectivo cumplimiento de las instrucciones recibidas y obligaciones asumidas por la concesionaria». Se condena al Ayuntamiento por responsabilidad por hecho a indemnizar el 10% y a la empresa concesionaria el 90%, por estimarse que la responsabilidad por hecho ajeno, aunque propiamente no es una responsabilidad solidaria, es, sin embargo, directa, y como tal produce frente a la parte acreedora un efecto similar».

La responsabilidad por hecho ajeno ex art. 1.903 CC se trata de un responsabilidad objetiva. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el párrafo último del artículo 1.903 establece que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». Se trata, por tanto, de supuestos de responsabilidad por *culpa in vigilando y culpa in eligendo,* estas personas responden porque no vigilaron adecuadamente a quienes dependen de ellas, o porque no eligieron adecuadamente a sus trabajadores.

El art.1.904 CC establece la acción de repetición contra el causante del daño. Así: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiese satisfecho. Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño».

5.2.2. La responsabilidad de la Administración

La Constitución establece también la responsabilidad civil de la Administración por los daños causados a los particulares. El artículo 106.2 CE reconoce el derecho de estos, en los términos establecidos por la ley, «a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Esta responsabilidad se regula por lo dispuesto en las leyes de carácter administrativo.

Igualmente, el artículo 121 CE establece que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Precepto que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad civil la Administración no es la Civil, sino la Contencioso-Administrativa, desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta ley junto con la reforma operada por la Ley 6/1998, de 13 de julio en materia de competencia de los Tribunales de ese Orden, y junto con la modificación de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, despejan en la actualidad cualquier duda acerca de la competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, atribuyéndola de forma decidida a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aun cuando la reclamación se dirija conjuntamente contra la Administración y contra particulares, como responsables solidarios.

5.3. Responsabilidad por los daños causados por animales y cosas

El Código Civil establece una serie de reglas para imputar la responsabilidad de los daños causados por animales y cosas en los siguientes casos:

1) El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los daños que cause, incluso si se le escapa o extravía, salvo fuerza mayor o culpa de quien lo hubiere sufrido (art. 1.905).

   La STS 29 mayo 2003 (RJA 5216) en un caso de mordedura de perro establece la responsabilidad de los tres socios de una SA que son los poseedores del animal del que, además, se servían. Establece la sentencia que: «La obligación de reparar el daño causado por animales la contempla el artículo 1.905 del CC responsabilidad objetiva que deriva de la posesión del animal; solo se evita que surja tal obligación cuando se rompe el nexo causal por fuerza mayor o por culpa del perjudicado».

2) El propietario de una finca de caza responde de los daños causados por las piezas de caza en las fincas vecinas cuando no haya hecho lo necesario para evitar su multiplicación, y cuando haya dificultado la acción de sus dueños para perseguirlas (art. 1.906).

   El art. 33 de la Ley de Caza establece la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos quienes «serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos».

   No obstante, lo preceptuado en la Ley de Caza, hay que tener presente que la gran mayoría de Comunidades Autónomas que se han dotado de su respectiva ley de caza. En el caso de Comunidad Valenciana, se trata de Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de caza.

3) El propietario de un edificio es responsable de los daños causados por su ruina, si esta sobreviene por falta de reparaciones necesarias (art. 1.907).

4) También responden los propietarios por los daños causados por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia; por la inflamación de sustancias explosivas colocadas en lugares no suficientemente seguros; por los humos excesivos, nocivos a las personas o a las propiedades; por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, a menos que se deba a fuerza mayor; y por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen (art. 1.908).

   La STS 31 mayo 2007 (RJA 3431), siguiendo a otras anteriores, aplica por analogía el art. 1.908 al ruido inmisiones acústicas procedentes de la circulación de trenes por una línea ferroviaria construida entre dos factorías de una empresa siderúrgica demandada.

5) Por último, el cabeza de familia es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaron o cayeren de la casa, o parte de ella, en la que habite (art. 1.910). En este caso es indiferente el título por el que se ocupe la casa (propiedad, alquiler, precario...). Se responde tanto por las cosas que caigan al exterior o al interior.

   La STS 21 mayo 2001 establece la condena al propietario de una discoteca por las lesiones causadas a un cliente por el lanzamiento de un objeto de vidrio dentro del local, y se ignoran la trayectoria y la autoría de la acción.

La responsabilidad establecida en estas normas es objetiva en unos casos y subjetiva en otros. Así, la responsabilidad del propietario por daños causados por ruina de los edificios es subjetiva, ya que se exige que la ruina sea causada por falta de las reparaciones necesarias: hay culpa, pues el propietario omitió las reparaciones que debla realizar. En cambio, la responsabilidad del poseedor del animal es objetiva, pues solo la fuerza mayor excluye el deber de indemnizar.

6. REQUISITOS COMUNES A TODOS LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD

Para que exista responsabilidad civil la doctrina exige la concurrencia de los siguientes requisitos o presupuestos (Díez-Picazo y Gullón, 2001):

1º Un comportamiento, que según el art. 1.902 puede consistir en una acción o una omisión.

2º Un daño como consecuencia de la acción o de la omisión (sin daño no habrá resarcimiento).

3º Una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño.

4º La imputabilidad. Si bien la culpabilidad es el criterio habitual de imputabilidad, la ley admite otros criterios como sucede con la responsabilidad objetiva.

El TS ha venido exigiendo reiteradamente la concurrencia de estos requisitos: la STS 24 septiembre 2002 (RJA 7869), entre otras establece que: «para que la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1.902 del Código Civil, sea admitida, se hace preciso la conjunción de los presupuestos siguientes: uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad del daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta».

En parecidos términos la STS 22 julio 2003 (RJA 5852) establece que: «La responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de este, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado; de estos requisitos, unos (la acción y el daño causado) tienen naturaleza fáctica; otros (la culpa y la relación de causalidad) tienen marcado matiz jurídico».

Doctrina seguida por las STS 17 de diciembre 2004 (RJ 2005, 1815); 26 octubre 2006 (RJA 6699) y 18 de junio 2007 (RJA 3524)

6.1. Formas de comportamiento dañoso: acción u omisión ilícita

La responsabilidad extracontractual presupone la acción u omisión de una persona (cfr. arts. 1.089, 1.093 y 1.902). Es indiferente, por tanto, que se trate de un hecho activo o de una abstención. Tanto la acción como la omisión, el hacer como el dejar de hacer, pueden ser el antecedente sin el cual el daño no se hubiese producido (Puig Brutau, 1986). Un supuesto de abstención sería el caso en que no se proporcionasen elementos de protección o no se encendiesen las luces (Parra Lucán, 2000).

La acción u omisión por la que se es responsable, como ya hemos dicho, puede ser propia o ajena, lo que motiva la distinción entre «responsabilidad por hecho propio» y «responsabilidad por hecho ajeno».

Para que la acción u omisión produzca la obligación de reparar el daño, –dice Lasarte– es necesario que sea ilícita, es decir, contraria a Derecho. Si bien el art. 1.902 no menciona el requisito de la ilicitud; ello es debido a que probablemente la omisión del Código se debe a que se presume que todo acto u omisión que cause daño a otro es antijurídico. Es ilícita toda conducta que viole el principio *alterum non laedere*.

Por excepción, hay determinados actos dañosos que no son antijurídicos y por lo tanto no generan el deber de resarcimiento; son aquellos daños causados con ocasión de un caso fortuito o por fuerza mayor. En materia penal están exentos de responsabilidad criminal los que causan daño actuando en *legítima defensa o* en el caso de aquella conducta forzada por una situación de *estado de necesidad* (Puig Brutau, 1986).

La STS 11 junio 2007 (RJA 3570), con ocasión de unos menores que en hora nocturna acceden a caja existente en camión que contenía unas botellas de salfumán, las destruyen para jugar con ellas con el resultado de que uno de ellos pierde un ojo, estima que: «el primer requisito que ha de concurrir para poder justificar una condena a indemnizar daños y perjuicios por culpa extracontractual o «aquiliana» es aquel por el que se exige una acción u omisión en que intervenga culpa o negligencia por parte del agente». Se absuelve al camionero por estimar que:

> Como afirma la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1815) «la esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso; como dice la sentencia de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4622), La diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso», y la sentencia de 9 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7245) afirma que «según reiterada doctrina jurisprudencial es esencial para generar culpa extracontractual, el requisito de previsibilidad en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto, en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser...».

> Dicha previsibilidad, dentro de los parámetros exigibles al hombre medio, no se daba en el presente caso. El agente, por las razones que fueran, entre las que posiblemente destacaba la de evitar su sustracción, dejó oculta la caja que contenía las botellas de «salfumán» sin que lógicamente estuviera a su alcance -como no estaba al alcance del hombre medio e incluso del que aplicara especial cuidado en sus actuaciones- prever que unos menores, ignorando el peligro que ello podía suponer para su integridad física, no solo accedieran indebidamente y en hora nocturna a la caja del camión sino que, además, destruyeran las botellas que allí se encontraban debidamente cerradas para realizar determinados juegos con la fatal consecuencia que ha dado origen al presente litigio.

6.2. El daño

La obligación de indemnizar solo surge cuando la acción u omisión producen algún tipo de daño (Lacruz, 1999). El daño supone un perjuicio de un derecho subjetivo que puede afectar a tres esferas diferentes: el daño personal, el material y el daño moral.

a) El daño personal. Se trata del caso en que se afecta a la vida o a la integridad física de las personas.

b) El daño material. Se trata del perjuicio causado al patrimonio de la víctima. En este caso el daño puede ser emergente o lucro cesante.

La sts 5 noviembre 1998 (rja 8404), en un caso de cable de telefónica cortado por una retroexcavadora se establece que:

> El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, Sentencia de 10 mayo 1993 [rja 3530]), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, Sentencia de 21 octubre 1987 [rja 7308] y 29 septiembre 1994 [rja 7026]). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que solo caben incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; *no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna*. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, Sentencia de 30 junio 1993 [rja 5340]) o incluso el criterio restrictivo (así, Sentencia de 30 noviembre 1993 [rja 9222]) para apreciar el lucro cesante.

La sts 31 mayo 2007 (rja 3431) ha reconocido una indemnización en concepto de daño emergente por la depreciación de las fincas, daño ya irremediablemente producido porque el valor en venta de una vivienda es un elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos.

c) El daño moral. La jurisprudencia también admite la indemnización por el daño moral; se trata del caso en que se cuando se lesionan los bienes y derechos de la persona, y se indemniza con independencia de que la lesión repercuta en el patrimonio del perjudicado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

> Ej. Son supuestos de daño moral las lesiones del honor, intimidad personal y familiar, de la propia imagen; en casos de muerte el dolor por la pérdida de un ser querido, el daño estético, las afecciones de carácter psíquico, incluso la pérdida de maletas por una compañía aérea, o la entrega de dólares falsos por un banco.

La sts 26 octubre 2006 (rja 6699) establece que: «el daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en

> la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras, STS 31 mayo 1983 (RJA 2956), 25 junio 1984 [RJ 1986, 1145], 28 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2614] y 28 de abril de 2005 [RJ 2005, 3646])».
>
> La STS 28 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2614] establece que: «La cuestión del daño moral es el extremo esencial del presente recurso de casación. Afecta a intereses espirituales del ser humano y se concreta a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incida en intereses económicos. Este es el daño objeto de la acción ejercitada».

El daño moral puede ser directo e indirecto. Esta distinción se recoge en la STS 29 diciembre 1998 (RJA 9980), dictada en un caso en el que una niña sufre graves quemaduras en un colegio al soltar globos de aire calentado con alcohol. Señala que:

> Ciertamente, el daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano que son atacados; puede ser directo o, más frecuentemente indirecto, que es el sufrido a consecuencia de un daño personal: el atentado a la integridad física no solo produce daños directamente, sino también un indudable daño moral, el *pretium doloris* que debe ser resarcido y no cabe mantener que la indemnización no puede saciar los sentimientos del dolor (lo que es cierto) por lo que no cabe indemnizar (lo que no es cierto) sino que la indemnización valora económicamente y sin duda parcialmente este daño moral, es el llamado en la doctrina alemana el «dinero del dolor» *(Echmerzengeld).*

El daño moral puede ser directo o indirecto. En el caso del daño moral directo se dice que afecta al espíritu. Caso de dólares falsos 17 febrero 2005 y 28 marzo 2005 (RJA 2614 . Ambas sentencias se refieren a supuestos en que los perjudicados adquirieron billetes falsos, creyendo que eran válidos, en Bancos de España. Luego al intentar cambiar los billetes en el extrajero fueron detenidos. En el caso de la última sentencia el daño moral reconocido lo fue por «lesión de los derechos del adquirente de los billetes falsos a la libertad personal, a la seguridad jurídica y al desarrollo de su personalidad: detención en dependencias policiales estadounidenses, padecimiento de conflicto en país extraño y ruptura de la relación sentimental que mantenía con ciudadana norteamericana involucrada también en el incidente».

Daño moral indirecto. Es el denominado *pretium dolors*, como puede ser el hecho del sufrimiento que causa estar ingresado en un hospital durante un año.

La prueba del daño. La doctrina jurisprudencial viene exigiendo que sea el perjudicado quien aporte la prueba de la existencia del daño, tanto moral como patrimonial, así como de su extensión (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

El cómputo del daño moral o *pretium doloris* presenta dificultades como reconoce la jurisprudencia. La STS 14 junio 2007 [RJA 3518]), siguiendo a muchas otras, establece que: «la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales [...], debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste, lo que conlleva necesariamente la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes.

Una importante línea jurisprudencial estima que puede utilizarse como criterio orientativo respecto a los daños corporales los baremos establecidos por el Sistema de Valoración del Daño contemplado en la Ley 30/1995.

La STS 14 junio 2007 [RJA 3518]):

> la jurisprudencia más reciente ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de estos sistemas de valoración del daño, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos, no vinculantes, para la fijación del *pretium doloris*, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño, sin discriminación ni arbitrariedad.

La STS 31 mayo 2007 (RJA 3431) reconoce como daño moral la indemnización a una persona que vive al lado de una línea férrea, de reciente construcción, donde la circulación de trenes se desarrollaba sin interrupción y con gran ruido durante las 24 horas del día.

6.3. Relación de causalidad

6.3.1. Concepto de causalidad

La jurisprudencia ha venido exigiendo la existencia de un nexo de causalidad o relación causa-efecto entre la conducta del agente y el daño que esta ha originado (Díez-Picazo y Gullón, 2001). A la víctima del daño le corresponde la prueba de la existencia de la causalidad –incluso en los supuestos de responsabilidad objetiva– mientras que el causante el daño intentará defenderse negando la existencia de la misma (Lacruz, 1999). La objetivación de la responsabilidad no debe ser confundida con la desaparición de la relación de causalidad, que también será exigible en ese ámbito. La inversión de la carga de la prueba no afecta al nexo causal cuya prueba corresponde siempre al demandante, independientemente de se esté ante un supuesto de responsabilidad por culpa o por riesgo.

La STS 26 enero 2007 (RJA 80), con cita de muchas otras, establece que: «es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción».

Un resumen de toda la doctrina del TS respecto a la relación de causalidad la podemos encontrar en la STS 30 marzo 2006 (RJA 5291) dictada con ocasión de trabajador de cantera muerto por inhalación gases y quemaduras, estimó no demostrada la causalidad para condenar a la empresa. Dice la resolución que:

> Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (sentencia 11 febrero 1998 [RJA 707]), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (sentencias 17 diciembre 1988 [RJA 9476] , 2 abril 1998 [RJA 1870]). Es preciso la existencia de una prueba terminante (sentencias 3 noviembre 1993 [RJA 8570] y 31 julio 1999 [RJA 6222]), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (sentencias 4 julio 1998 [RJA 5414] , 6 febrero [RJA 1052] y 31 julio 1999 [RJA 6222]). El «como y el porqué» del accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (sentencias 17 diciembre 1988 [RJA 9476], 27 octubre 1990 [RJA 8053], 13 febrero [RJA 768] y 3 noviembre 1993 [RJA 8570]). La prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (sentencias 14 de febrero 1994 [RJ 1994, 1468], y 14 febrero 1985 [RJ 1985, 552], entre otras)».

6.3.2. La teoría de la causalidad adecuada

La doctrina jurídica vertida en torno a la problemática planteada por la relación de causalidad nos muestra la existencia de dos teorías sucesivamente dominantes. La de la *equivalencia de condiciones*, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que este no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado (*condictio sine qua non*), y la de la *causalidad adecuada*, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada y, solamente en el supuesto de que la contestación sea afirmativa, cabría apreciar la existencia de un nexo causal que abra paso a la existencia de responsabilidad, bien sea esta civil o penal.

Dentro ya de la teoría de la causalidad adecuada o eficiente, mayoritariamente aceptada hoy por la doctrina científica y jurisprudencial, tanto extranjera como española, cabe estudiar el problema de la interrupción del nexo causal. El demandado tiene tres vías para evitar la condena si demostrar que la relación de causalidad se ha roto:

a) la existencia de caso fortuito. La STS 16 diciembre 2006 (RJA 8130) estima que no hay responsabilidad de RENFE en el caso de un maquinista de un tren que arrolla a un carro tirado por un caballo desbocado, en un paso a nivel, con la muerte de los ocupantes. Establece:

> la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse la responsabilidad de los mismos, [...] siendo este el supuesto litigioso aquí contemplado, [...], no ha intervenido culpa o negligencia alguna por parte de los demandados (el conductor del tren y RENFE) en la producción del luctuoso resultado, el cual es atribuible a un caso fortuito o, incluso, a una culpa exclusiva de la propia víctima.

a) la acción de un tercero. En el Caso del Hotel Corona de Aragón, en el que murieron aproximadamente 80 personas en un incendio de grandes proporciones, en el no se pudo determinar con exactitud si fue un atentado terrorista. La STS 11 marzo 1988 (RJA 1961) estableció ante la reclamación de los herederos de unas víctimas contra los propietarios del hotel que:

> la interrupción del nexo causal por la intervención de un tercero, respecto del cual es unánimemente aceptado que, en los supuestos en que la intervención es dolosa o intencionada y no viene determinada por la del agente inicial, es decir, se opera de manera libre, se producirá una auténtica interrupción del nexo, determinativa de una irresponsabilidad de este último». El TS de acuerdo con esta doctrina estimó que: «resulta lógica y ajustada a derecho la conclusión a que llega la resolución que se recurre de que el nexo causal entre el [pequeño] incendio de la churrería y el resultado dañoso habido quedó interrumpido por la introducción de un elemento extraño explosivo, y al no existir relación de causalidad entre la presunta conducta negligente de los empleados del hotel y el resultado lesivo originado, no puede hablarse de responsabilidad extracontractual por parte de los demandados.

b) acción del propio perjudicado. Es el caso de la asunción del riesgo en festejos taurinos y deportes de riesgo.

La STS 15 marzo 2007 (RJA 290) estimó que no había lugar a la indemnización solicitada, por estimar la existencia de culpa exclusiva de la víctima en el caso de cogida de vaquilla a aficionado, en la que «el demandante participó en el toreo como aficionado («espontáneo»), le

vieron los testigos cómo bajó a la zona donde corría el animal, por lo que, de forma voluntaria, asumió el riesgo de participar en el «toreo», abandonando la plataforma destinada al público espectador».

6.3.3. La compensación de culpas

Otro factor a tener en cuenta es la concurrencia de causas, aquellos supuestos en los que el daño tiene su origen en dos o más causas. La teoría se ha venido refiriendo a este supuesto como «compensación de culpas», en parte porque el monto de la indemnización se repartía o compensaba en proporción a la participación en el hecho generador del daño.

No se estima en el caso de las SSTS 26 enero 2007 (RJA 80), en el que en un caso de muerte de un niño de cinco años por caída de escultura al colgarse de la misma, se pretendía la compensación de culpas por concurrir la conducta negligente de los padres por no haber mantenido una constante vigilancia sobre el menor. La sentencia de la Audiencia provincial, por el contrario sí que había estimado la concurrencia de culpas estimando que correspondía a los padres en un tercio.

La STS 13 febrero 2003 (RJA 1045) sí que estima la concurrencia de causas, en un caso de lesiones de una niña al emplear como columpio una cadena entre dos pilastras que cedieron bajo el peso de esta. Se estableció la responsabilidad del demandado por haber quedado probada la mala construcción de las pilastras. La concurrencia de causa por parte de la niña se determinó porque: «resulta incontrovertible que la menor lesionada se encontraba columpiándose en la cadena que se encontraba tendida entre ambas pilastras cuando cayó una de estas. Se trata de una inferencia elemental. La pilastra cayó porque la niña se columpiaba en la cadena. Ello no significa que la pilastra se derrumbó exclusivamente por esto como ya se ha anticipado, sino que, como no estaba bien construida, la leve tensión creada entre las pilastras por el juego de la niña al columpiarse fue lo que desencadenó el trágico final».

6.3.4. La solidaridad impropia

En el caso de que daño se impute a varios agentes y no pueda determinarse la cuota de participación de cada uno de ellos en el evento dañoso la doctrina y jurisprudencia han establecido la condena solidaria de todos ellos. Esta solidaridad tiene un origen jurisprudencial y para recibe el nombre «solidaridad impropia» para diferenciarla de la que nace de las obligaciones ex art. 1.137 CC.

Así la STS 3 diciembre de 1998 (RJA 9703) dice: «La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la llamada «solidaridad impropia», por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual (ilícito civil, arts. 1902 y siguientes, del Código Civil) cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad...». Doctrina, seguida entre muchas otras por la STS 29 mayo 2003 (RJA 5216).

6.4. La imputabilidad de la responsabilidad

El art. 1.902 exige para que nazca la obligación de reparar el daño que en la acción u omisión intervenga culpa o negligencia.

El criterio de la culpa, que es el criterio legal de imputación, se sustancia en la obligación de prever los sucesos y tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso. Esta culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo el agente. Esta obligación de prever, no es más que un traslado al ámbito de la responsabilidad extracontractual de los arts. 1.104 y 1.105 del CC relativos a la responsabilidad contractual (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La jurisprudencia ha establecido respecto a la culpa: «la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo» (10 de julio de 2003 [RJ 2003, 4622]); «la esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso» (STS 22 julio 2003 [RJA 6581] y 14 junio 2007 [RJA 3518]).

La culpabilidad tiene como presupuestos básicos (Lasarte, 2007):

A) La imputabilidad del autor: no responden los que no tienen discernimiento y conciencia (locos, menores, etc.).

B) Conducta dolosa o culposa por parte del autor del hecho. Si bien los arts. 1.902 y 1.903 aluden solamente a la culpa, hay que entender que se refieren a la culpa en sentido amplio, comprendiendo incluso al dolo.

La graduación de la culpa no tiene interés en la responsabilidad extracontractual, al contrario de lo que sucede en la culpa contractual, donde la existencia o no de dolo, varía la amplitud de la indemnización (arts. 1.106 y 1.107 CC). En el caso de la extracontractual la indemnización será integral en todo caso.

En cuanto a la prueba de la culpa, la jurisprudencia exige que el actor o demandante pruebe la culpabilidad del demandado, salvo que se trate de un supuesto de responsabilidad objetiva.

Algún autor mantiene que la culpa no es un presupuesto puesto que está inmersa en los demás presupuestos (O'Callaghan, 1993).

7. PRINCIPALES SUPUESTOS LEGALES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Numerosas leyes especiales establecen la responsabilidad objetiva, principalmente en daños causados por máquinas, nuevas tecnologías, y productos. Como más importantes, citaremos los supuestos siguientes:

1º *Daños causados a las personas por la circulación de vehículos de motor.* Se regulan, fundamentalmente, en el título primero del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre (modificado por la Ley 21/2007).

En esta ley establece un sistema de responsabilidad objetiva en daños personales, en cuanto que solo se exceptúan del deber de indemnizar los daños debidos a la conducta o a la negligencia del perjudicado; o los causados por fuerza mayor, extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Expresamente se declara que no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos de este ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos. Paralelamente, como suele suceder en los casos de responsabilidad objetiva, se establece un sistema de seguro mínimo obligatorio.

2º *Daños causados por la navegación aérea.* Se regulan en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, estableciendo la responsabilidad objetiva de los empresarios. Así se deduce de su artículo 120, que establece el deber de indemnizar en base al accidente fortuito, incluso cuando el transportista, el operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia. Esta ley se complementa con lo establecido en los arts. 32 a 42 de la Ley de Seguridad Aérea de 2003.

3º *Daños causados por la energía nuclear.* La Ley de 29 de abril de 1964 establece expresamente el carácter objetivo de la responsabilidad por daños causados por instalaciones nucleares, aunque permite la compensación de culpas o la exención total del deber de indemnizar cuando fueron causados, en parte o en todo, por culpa de la víctima.

4º *Daños causados en el ejercicio de la caza.* La Ley de caza de 4 de abril de 1970 establece la responsabilidad objetiva del cazador que causare daño a otro. Si se trata de una partida de caza y no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida. El Real Decreto 63/1994, de 21 de enero, aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de suscripción obligatoria.

5º *Responsabilidad por daños causados a los consumidores y usuarios.* La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 en su art. 25 establece, como principio general, la obligación de indemnizar los daños que se deriven del consumo de bienes o de la utilización de productos o servicios, salvo que estén causados por culpa exclusiva de la víctima o de las personas por las que estas debe responder; se trata, por tanto, de un sistema de responsabilidad objetiva. Pero este queda distorsionado, al establecer la Ley la posibilidad de exoneración del responsable si prueba que se han cumplido los requisitos reglamentariamente establecidos, y los demás cuidados que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad. En definitiva, por tanto, se establece un sistema de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, salvo para determinados bienes y servicios que requieren específicos controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad.

Sin embargo, este sistema ha quedado alterado por leyes especiales, de trasposición al Derecho español de Directivas comunitarias. Así ha sucedido, por ejemplo, con la Ley de 6 de julio de 1994 sobre Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, que establece la responsabilidad objetiva cuando se trate de daños causados por bienes muebles, gas y electricidad.

6º El Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que declara la responsabilidad objetiva del Estado, de los daños y perjuicios que se causaren a las personas como consecuencia de los delitos cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizadas y armadas y sus conexos. El RD 1311/1988 regula los pormenores relativos al pago de la indemnización.

7º La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos. En esta ley se establece un sistema de responsabilidad objetiva en base al cual pueden obtener un resarcimiento quienes sufren un daño físico o material en sus bienes como consecuencia del uso o consumo de productos defectuosos.

8. LAS VÍAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO

La responsabilidad extracontractual genera un derecho de crédito a favor del perjudicado, que se traduce para el agente o responsable, en la obligación de cumplir una determinada prestación consistente en la obligación de reparar el daño causado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La reparación puede llevarse a cabo de acuerdo con voluntad de las partes, es decir responsable y víctima; en caso contrario, será necesario plantearla por vía judicial (Lasarte, 2007). En cualquiera de ambos casos la obligación de reparar puede cumplirse *in natura*, mediante la reparación o restitución de la cosa, o *por equivalente* mediante la entrega de la indemnización correspondiente al daño experimentado. Asimismo el perjudicado puede solicitar la eliminación de la causa productora del daño (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

La cuantificación del daño pueden realizarla las partes de mutuo acuerdo, en caso contrario el juez, en la sentencia que condene por los daños y perjuicios causados, fijará su importe en forma líquida o establecerá por lo menos las bases con arreglo a las que debe procederse a su cuantificación (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

En caso de pluralidad de responsables en materia de responsabilidad extracontractual, se plantea el problema si el perjudicado ha de reclamar contra los causantes del daño de forma solidaria o mancomunada. El Código guarda silencio al respecto y, si bien por aplicación de las reglas generales en materia de solidaridad y mancomunidad, la respuesta debería ser la reclamación con carácter mancomunado, lo cierto es que la Jurisprudencia, de forma reiterada se manifiesta por el carácter solidario de la obligación extracontractual (Lasarte, 2007)

La acción para exigir la responsabilidad extracontractual tiene un plazo legal de un año de prescripción a contar desde que lo supo el agraviado (Díez-Picazo y Gullón, 2001).

LECTURAS RECOMENDADAS

Aavv: *La responsabilidad civil y su problemática actual,* (coord. J. A. Moreno Martínez), Madrid, Dykinson, 2007.

Aavv: *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales.* (coord. Seijas Quintana, J. A.), Las Rozas (Madrid), Sepin, 2007.

Aavv: *Tratado de Responsabilidad Civil*, (dir. Reglero Campos, L. F.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 3ª Edición, 2006.

Aavv: *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, (coord. M.D. Díaz-Ambrona Bardají), Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

Aavv: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J. A. Moreno Martínez), Madrid, Dykinson, 2000.

Díez-Picazo, L.: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999 y «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *Anuario de derecho civil*, Vol. 54, nº 3, 2001, págs. 1009-1028.

García Varela, R.: «La responsabilidad por hecho ajeno», *La Ley*, año xxix, nº 6874, del 1 al 3 de febrero de 2008.

Roca i Trias, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Rodríguez Marín, C.: «Introducción al Derecho de daños: El daño como presupuesto necesario de la responsabilidad civil extracontractual», en *Manual de Valoración del Daño Corporal,* Aranzadi, 2007, págs. 43 a 71.

Santos Briz, J.: *La responsabilidad civil. Temas actuales,* Madrid, Montecorvo, 2001.

Torres Mateos, M. A.: *Responsabilidad individual y solidaria,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1ª Edición, 2007; *Responsabilidad Civil I: Causas y Quantum Indemnizatorio*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1ª Edición, 2007 y *Responsabilidad Civil II Daños Personales y Quantum Indemnizatorio*.

Bibliografía

AAVV: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coords. BERCOVITZ R. Y SALAS, J.), Madrid, Civitas, 1992.
AAVV: *Arrendamientos urbanos. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, (coord. BLASCO GASCÓ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Comentario de los artículos 1254 a 1260 CC», en AAVV, *Comentario del Código Civil, T. I.*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 428 a 442.
——: *Derecho civil,* Vol. 2, *Derecho de obligaciones,* Barcelona, Bosch, 2002.
AMORÓS GUARDIOLA, M.: «Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de existencia de causa», en AAVV, *Centenario del Código Civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, págs. 101 y ss.
ASCARELLI, T.: *El contrato plurilateral*, México, México Jus, 1949.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E.: *Manual de introducción al derecho introducción al derecho, derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Madrid, Bercal, 2004.
BLASCO GASCÓ, F. de. P.: «Concepto y fuentes de las obligaciones», «Elementos de la obligación», «Los sujetos de la obligación», «El objeto de la prestación», «Determinación relativa de la prestación», «Las obligaciones pecuniarias» en AAVV, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 45 a 122.
BORDA, G. A.: *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1993.
CARBONNIER, J.: *Droit civile*, Vol. 4, *Les obligations*, París, Presses universitaires de France, 2000.
CAPILLA RONCERO, F.: «Contratos de servicios (II): Transporte, mandato y depósito», en AAVV, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994, págs. 689 a 706.
CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral,* T. III, *Derecho de obligaciones* (rev. GARCÍA CANTERO, G.) Madrid, Reus,1992.
DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: «Comentario de los arts. 1740 a 1757 CC», en AAVV, *Comentario del Código Civil*, Ministro de Justicia, 1991, págs. 1600 a 1633.
——: *Tratado de Responsabilidad Civil,* LASARTE ÁLVAREZ, Madrid, Civitas, 1999.
DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico,* Madrid, Tecnos, 1985 (reimpresión).
DE LEÓN ARCE, *et al.*: *Derechos de los consumidores y usuarios*, (T. I y II), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
DE PABLO CONTRERAS, P.: «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en AAVV, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Madrid, 2000, págs. 177 a 207.
——: «Ineficacia e invalidez del contrato», en AAVV, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Madrid, 2000, págs. 443 a 476.
——: «Requisitos del contrato», en AAVV, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Madrid, 2000, págs. 325 a 358.
——: «El arrendamiento», en AAVV, *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de obligaciones,* (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Madrid, Colex, 2000.
——: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», en AAVV, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Madrid, Colex, 2000, págs. 625 a 650.
DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario de los artículos 1254 a 1260 CC», en AAVV, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 428 a 442.
——: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, T. II., *Las relaciones obligatorias,* Madrid, Civitas, 2008.
—— y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contrato en especial. Cuasicontratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, Tecnos, 2001.
ESTRUCH ESTRUCH, J.: en AAVV *Arrendamientos urbanos. Comentarios, jurisprudencia y formularios* (Tomos I y II), (coord. BLASCO GASCÓ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 156.
GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «El convenio», en AAVV, (coord. HERNÁNDEZ Y ALTÉS), *Concurso e insolvencia punible,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 409 a 462.
GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario de los artículos 1.460 a 1473 CC», en AAVV, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 907 a 933.
GARCÍA CRUCES, J. A.: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», A*ctualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 590, 2003.

Gete-Alonso y Calera, M. C.: «Comentario de los artículos 1271 a 1273 cc», en Aavv, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 473 a 478.

Guilarte Zapatero, V.; Ángel Yágüez, R.: «Comentario de los arts. 1822 a 1856 cc», en Aavv, *Comentario del Código Civil*, Miniserio de Justicia, 1991, págs. 1781 a 1858.

Guillén Soria, J. M.: «Una aproximación a la nueva Ley Concursal: desde la declaración del concurso, al convenio (Estudio parcial de la nueva Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio de 2003)», *Revista de treball, economia i societat*, Núm. 31, 2004, págs. 13-36.

Hernández y Altés, J. y Altés Tárrega, J.: «Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración», en Aavv, (coord. Hernández y Altés), *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 33 a 76.

Illescas Ortiz: *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001.

Kelsen, H.: *El contrato y el tratado: analizados desde la teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1979.

Lacruz Berdejo, J. L. *et al.: Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. I, *parte General. Teoría del contrato* (rev. Rivero Hernández), Madrid, Dykinson,1999.

Lalaguna Domínguez, E.: «La forma en los contratos», rgd, nº 577-578, Oct./Nov., 1992, pág. 9.482.

Lasartre Álvarez, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial*, 14 ed., Madrid, Tecnos, 2007.

López de Lemus: «¿Qué son las firmas electrónicas?», 2005, en línea: http://vlex.com/vid/firmas.electronicas/.

López y López, A. M.: «El contrato», en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, 1994a, págs. 309 a 328.

——: «La interpretación del contrato» en Aavv, *Derecho de Obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, 1994b, págs. 383 a 404.

——: «Contratos traslativos del dominio a título oneroso (I): la compraventa», en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, 1994c, Tirant lo Banch, págs. 551 a 574.

——: «La forma de los contratos», en Aavv, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos,* Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 214 y ss.

López Vilas, R.: *El subcontrato,* Madrid, Tecnos, 1973.

Lucas Fernández, F.: «Comentario de los artículos 1542 a 1574 cc», en Aavv, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1053 a 1146.

Martínez de Aguirre Aldaz, C: «La obligación. Concepto y fuentes» en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)* (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 39 a 62.

——: «El contrato» en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 305 a 323.

——: «Modificación del contrato» en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 429 a 442.

——: «Formación y perfección del contrato» en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 359 a 382.

——: «Compraventa y permuta» en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de obligaciones,* (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 477 a 515.

——: «Los contratos de obras y servicios» en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (Coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 597 a 623.

Montés Penadés, V. L.: «Las garantías del crédito» en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, 1994, págs. 235 a 264.

Moreno Quesada, B.: «Comentario del art. 1291», en *Comentario del código civil,* T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 525.

Mosset Iturraspe, J.: *Contratos,* Santa Fe, Argentina, 1992.

O'Callaghan, X.: *Compendio de Derecho Civil,* Tomo 2, *(Obligaciones y Contratos),* Vol. 1, 1993.

Orduña Moreno, J.: «Cumplimiento de las obligaciones» en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 125 a 160.

Ossorio Morales, J.: «Medidas conservativas del patrimonio del deudor: las acciones subrogatoria y pauliana», en Aavv, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos lícitos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Pantaleón Prieto, F.: «Comentario del artículo 1902 cc», en Aavv, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1971 a 2003.
Parra Lucán, M. A.: «Interpretación e integración de los contratos» en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Constitución y Leyes, 2000, págs. 409 a 428.
——: «La donación», en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 517 a 536.
——: «Los cuasicontratos», en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 761 a 783.
——: «La responsabilidad civil extracontractual», en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 787 a 887.
Paz-Ares, C.: «Comentario de los arts. 1.665 a 1.757 cc», en Aavv, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1600 a 1709.
Pérez Álvarez, M. A.: «El objeto de la obligación. Clases de obligaciones», en Aavv, *Curso de Derecho Civil* (II), (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, 2000, págs. 63 a 114.
——: «El cumplimiento de las obligaciones», en Aavv, Curso de Derecho Civil (II), (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 145 a 176.
——: «La protección del crédito», en Aavv, Curso de Derecho Civil (II), (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 219 a 238.
——: «Insuficiencia patrimonial y pluralidad de acreedores», en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 239 a 257.
——: «El depósito» en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 695 a 710.
——: «La fianza», en Aavv, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. Martínez de Aguirre), Madrid, Colex, 2000, págs. 239 a 257.
Pérez Conesa, C.: «Contratación electrónica» (contratación celebrada por medios telemáticos), *Aranzandi Civil*, nº 20, 2001, págs. 37-72.
Peña Merino, R.: «La firma electrónica en las comunicaciones telemáticas», 2005, en línea: http://www.delitosinformaticos.com.
Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil II, Vol. 2*, Bosch, Barcelona, 1986.
—— y Roca Sastre: «Estudios de Derecho Privado», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1998.
Puig Peña, F.: «Tratado de Derecho civil español», Tomo II, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1973.
Reglero Campos L. F.: «Comentario del art. 8» en Aavv, *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos* (coord. R. Bercovitz), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1997.
Reyes López, Mª. J. *et al.*: *Derecho privado de consumo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
Rico Carrillo, M.: *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*, Legis, Caracas, 2005.
Roca i Trias, E.: «Contrato traslativo de dominio a título gratuito: la donación» en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 591 a 613.
Roca-Sastre, R.: *Derecho hipotecario*, T. IV., 6a. ed., Barcelona, Bosch, 1997.
Rubio Torrano, E.: «¿Es la donación un contrato?», *Aranzadi civil*, nº 2, 2003, págs. 1889-1892.
——: «La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Aranzadi civil*, nº 3, 2003, págs. 1883-1885.
Ruiz Serramalera, R.: *Derecho civil, el negocio jurídico: elementos y eficacia del negocio, la representación,* Universidad Complutense, Madrid, 1980.
Valpuesta Fernández, R.: «Vicios en los elementos del contrato», en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 351 a 368.
——: «Formación del contrato», en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 369 a 382.
——: «Eficacia del contrato» en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 405 a 416.
——: «Ineficacia del contrato» en Aavv, *Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 417 a 438.
Verdera Server, R.: en Aavv, *Arrendamientos urbanos*, Tomo I (coord. Blasco Gascó), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 424.
Yzquierdo Tolsada, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.